مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني

" دراسة مقارنة "

الدكتـور
محمود محمد أبوفروة



الطبعة الأولى
2014


وائل


وائل

مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني

"دراسة مقارنة"

الدكتور

محمود محمد إبراهيم أبوفروة

دار وائل للنشر

الطبعة الأولى

2014

رقم الايداع لدى دائرة المكتبة الوطنية : (2013/4/1244)
أبو فروة، محمود محمد
مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني - دراسة مقارنة/ محمود محمد أبو فروة - عمان: دار وائل للنشر والتوزيع ، 2013.
(500) ص
ر.إ. : (2013/4/1244)
الواصفات: / التحويلات النقدية// البنوك/
* يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبّر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

****

رقم التصنيف العشري / ديوي : 346.082
ISBN 978-9957-91-099-0 (ردمك)

* مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني- دراسة مقارنة
* الدكتور محمود محمد إبراهيم أبو فروة
* الطبعـــة الأولى 2014



دار وائـــل للنشر والتوزيع

* الأردن - عمان - شارع الجمعية العلمية الملكية - مبنى الجامعة الاردنية الاستثماري رقم (2) الطابق الثاني
هـاتف : 00962-6-5338410 - فاكس : 00962-6-5331661 - ص. ب (1615 - الجبيهة)
* الأردن - عمـان - وسـط البلـد - مجمـع الفحيص التجـاري- هـاتف: 00962-6-4627627
www.darwael.com
E-Mail: Wael@Darwael.Com

الإهداء

إلى

من سألت الله أن يرزقني بره في حياته، وأنا الآن أسأله تعالى أن يرزقني بره بعد وفاته، غفر الله لك يا والدي وتجاوز عنك، وتغمدك بواسع رحمته، وجزاك الله عني وإخوتي خير الجزاء.

إلى

أعز الناس وأغلاهم، إلى من أذهبت عمرها لأجلي، أمي التي تحملت ما تحملت لتحافظ علي وعلى أخوتي، وعلمتني أبجدية الحروف وعلمتني الصمود مهما تبدلت الظروف، إلى سري ونفسي بقلبي قبل قلمي وحبري، أطال الله في عمرها وأنعم عليها بموفور الصحة والعافية.

إلى

إخوتي اللذين وقفوا دائما إلى جانبي، ولم يتوانوا يوما عن تقديم المساعدة والنصح لي، يسرون إذا سرني الدهر، وإذ غبت يوما حزنوا، وما أنا إلا هم، فأسأل الباري الجواد تعالى أن يجود عليهم بفضله العظيم، ويوفقهم لما فيه صلاح عاقبتهم في دينهم ودنياهم.

إلى

أصدقاء كانوا كإخوة لي، عشت معهم أجمل لحظات حياتي، لازموني ووقفوا جانبي في أوقات شدتي وفرحي، أتمنى من الله العزيز القدير أن يوفقهم لكل ما يحبه ويرضاه، وأن يجمعنا على كل خير.

إلى

كل متعطش شغوف بالبحث العلمي، يؤمن بأن العلم مطلوب لا محمول، وفوق كل ذي علم عليم.

أهديهم هذا البحث، وما توفيقي إلا بالله العظيم الكريم.........محمود

الفهرس

الموضوع	الصفحة

المقدمة.. 11

الباب الأول
أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني 23

الفصل الأول: النظام القانوني لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني.............. 25

الفرع الأول: أحكام التحويل البنكي الإلكتروني.. 26

المبحث الأول: مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني...................................... 26

المطلب الأول: مفهوم التحويل البنكي في شكليه التقليدي والإلكتروني.......... 27

الفقرة الأولى: مفهوم التحويل البنكي... 27

الفقرة الثانية: مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني.................................. 31

المطلب الثاني: محددات مفهوم التحويل البنكي الإلتكروني........................ 42

الفقرة الأولى: التحويل البنكي الإلكتروني جزء من إجراءات نقل للأموال........ 42

الفقرة الثانية: التحويل البنكي الإلكتروني جزء من إجراءات نقل للأموال......... 48

المبحث الثاني: شروط وإجراءات عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.............. 51

المطلب الأول: شروط التحويل البنكي الإلكتروني.................................... 52

الفقرة الأولى: التوفر في حساب بنكي.. 52

الفقرة الثانية: إبرام عقد ينظم العمل بوسيلة التحويل الإلكتروني.................. 56

المطلب الثاني: إجراءات التحويل البنكي الإلكتروني والآثار القانونية الناتجة عنها..... 62

الفقرة الأولى: صدور أمر أو إذن بواسطة إحدى الوسائل الإلكترونية............ 63

الفقرة الثانية: تنفيذ أمر التحويل البنكي الإلكتروني.................................. 72

الفرع الثاني: التزامات البنك ونطاق مسؤوليته عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.. 74

الموضوع	الصفحة

المبحث الأول: تأثير التكنولوجيا على التزامات البنك في إطار عمليات التحويل الإلكتروني........................ 75

المطلب الأول: آثار استخدام الوسائل الحديثة على العمل البنكي............... 76

الفقرة الأولى: زيادة حجم المخاطر الناتجة عن العمل البنكي.................. 76

الفقرة الثانية: التزامات البنك المرتبطة باستخدام النظام الإلكتروني............. 82

المطلب الثاني: التزامات البنك في إطار تنفيذ عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.... 93

الفقرة الأولى: التزامات البنك المرتبطة بأداة التحويل والإثبات................ 93

الفقرة الثانية: التزامات البنك المرتبطة بتنفيذ العمليات....................... 99

المبحث الثاني: نطاق مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني......... 104

المطلب الأول: واجبات الزبون في إطار عمليات التحويل الإلكتروني......... 104

الفقرة الأولى: التزام الزبون بالحفاظ على أدوات التحويل البنكي الإلكتروني... 105

الفقرة الثانية: التزام الزبون بإخطار البنك.................................. 109

الفقرة الثالثة: الاعتراض في حالة وجود قيد غير مشروع..................... 114

المطلب الثاني: حدود مسؤولية البنك عن القيود غير المشروعة على حساب الزبون. 117

الفقرة الأولى: مسؤولية البنك عن القيود غير المشروعة في حالة فقد أداة التحويل أو سرقتها... 118

الفقرة الثانية: مسؤولية البنك عن أي قيد لم يأذن به الزبون.................. 128

الفصل الثاني: النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية والتحويل البنكي الإلكتروني....................................... 133

الفرع الأول: القواعد العامة للمسؤولية المدنية والتحويل البنكي الإلكتروني.... 134

المبحث الأول: المسؤولية العقدية الناشئة عن التحويل البنكي الإلكتروني....... 135

المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية................................ 135

الفقرة الأولى: وجود علاقة تعاقدية بين البنك والزبون......................... 135

الفقرة الثانية: الإخلال بأحد الإلتزامات العقدية................................ 139

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: أساس المسؤولية العقدية للبنك عن عمليات التحويل الإلكتروني.	144
الفقرة الأولى: المسؤولية العقدية عن فعل الشيء كأساس لمسؤولية البنك......	144
الفقرة الثانية: إقامة مسؤولية البنك على أساس الالتزام بالسلامة............	149
المبحث الثاني: مسؤولية البنك التقصيرية عن عمليات التحويل الإلكتروني....	155
المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي..................	155
الفقرة الأولى: القواعد الحاكمة لمسؤولية البنك التقصيرية تجاه عملائه.........	156
الفقرة الثانية: حالات قيام المسؤولية القصيرية للبنك في مواجهة العميل.......	164
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية غير الشخصية كأساس لمسؤولية البنك..	170
الفقرة الأولى: مسؤولية البنك باعتباره متبوعاً..........................	170
الفقرة الثانية: مسؤولية البنك كحارس للنظام الإلكتروني......................	181
الفرع الثاني: التوجهات الحديثة في المسؤولية المدنية للبنوك وأثرها على عمليات التحويل..	187
المبحث الأول: تطور المسؤولية المدنية للبنوك وعمليات التحويل الإلكتروني.	187
المطلب الأول: المسؤولية المدنية للبنك باعتباره مهنيا........................	188
الفقرة الأولى: الظروف المؤثرة في حدود التزامات البنك في مواجهة عميله..	188
الفقرة الثانية: انعكاسات الصفة المهنية على المسؤولية المدنية للبنك.........	195
المطلب الثاني: مسؤولية البنك الموضوعية المبنية على تحمل المخاطر	202
الفقرة الأولى: نطاق المسؤولية المدنية الموضوعية........................	202
الفقرة الثانية: نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك.........................	206
المبحث الثاني: خصوصية المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال..	211
المطلب الأول: ضوابط مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال..	211
الفقرة الأولى: طبيعة مسؤولية البنك المدنية الناشئة عن عمليات التحويل الإلكتروني..	212
الفقرة الثانية: الأساس القانوني لمسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني	216
المطلب الثاني: وسائل حماية البنوك من مخاطر عمليات التحويل الإلكتروني وقيام	

الموضوع	الصفحة
المسؤولية..	221
الفقرة الأولى: إدارة مخاطر العمل البنكي الإلكتروني..................	221
الفقرة الثانية: التأمين على المسؤولية الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني...	227
الباب الثاني **آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني**	235
الفصل الأول: حدود مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني	237
الفرع الأول: العوامل التي تحد من مسؤولية البنك تجاه العميل...............	238
المبحث الأول: القواعد القانونية لإعفاء البنك من المسؤولية.................	238
المطلب الأول: القوة القاهرة وفعل الغير.....................................	239
الفقرة الأولى: نفي المسؤولية بالقوة القاهرة................................	239
الفقرة الثانية: فعل الغير كسبب لنفي مسؤولية البنك.........................	245
المطلب الثاني: خطأ العميل كسبب لإعفاء البنك من المسؤولية................	250
الفقرة الأولى: خطأ العميل هو السبب المباشر للضرر..........................	250
الفقرة الثانية: الخطأ المشترك بين البنك والعميل............................	256
المبحث الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية.........................	263
المطلب الأول: شروط الإعفاء من المسؤولية.................................	264
الفقرة الأولى: مدى صحة شروط الإعفاء من المسؤولية........................	265
الفقرة الثانية: القيود الواردة على شروط الإعفاء من المسؤولية...............	270
المطلب الثاني: الشروط المحددة لمضمون العقد................................	276
الفقرة الأولى: ماهية الشروط المحددة لمضمون العقد ومدى صحتها..........	277
الفقرة الثانية: معايير الشروط المحددة لمضمون العقد..........................	282
الفرع الثاني: الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية...........	286
المبحث الأول: مبررات حماية العميل كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية.....	287

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: إختلال التوازن في الرابطة التعاقدية بين البنك والعميل.......	288
الفقرة الأولى: المركز التعاقدي لكل من العميل والبنك........................	288
الفقرة الثانية: طبيعة عقد تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني...........	294
المطلب الثاني: مظاهر عدم التوازن على مستوى العلاقة التعاقدية بين البنك والعميل..	301
الفقرة الأولى: انعدام المساواة من حيث المعرفة والخبرة..........................	301
الفقرة الثانية: إدراج البنك لشروط عقدية مجحفة في حق العميل...............	307
المبحث الثاني: الوسائل القانونية لحماية العميل..................................	311
المطلب الأول: التزام البنك بإعلام العميل...	312
الفقرة الأولى: ماهية الإلتزام بالإعلام...	313
الفقرة الثانية: مضمون الإلتزام بالإعلام في إطار عمليات التحويل الإلكتروني.	319
المطلب الثاني: حماية العميل من مضمون العقد...................................	325
الفقرة الأولى: الحماية القانونية من الشروط التعسفية..........................	325
الفقرة الثانية: الحماية القضائية ضد الشروط التعسفية..........................	329
الفصل الثاني: الجوانب الإجرائية للمسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل...	335
الفرع الأول: الإثبات في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني...........	336
المبحث الأول: أثر استخدام وسائل التحويل الإلكترونية على القواعد المنظمة للإثبات..	338
المطلب الأول: القواعد العامة للإثبات وعمليات التحويل البنكي الإلكتروني...	338
الفقرة الأولى: الإثبات في عمليات التحويل بين القانونين التجاري والمدني....	339
الفقرة الثانية: الضوابط القانونية لإثبات عمليات التحويل البنكي الإلكتروني...	346
المطلب الثاني: تطور أدلة الإثبات في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني	352
الفقرة الأولى: الكتابة الإلكترونية وتنظيمها القانوني..........................	353
الفقرة الثانية: التوقيع الإلكتروني ودوره في عمليات التحويل البنكي الإلكتروني	360

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني: وسائل إثبات عمليات التحويل البنكي الإلكتروني..........	368
المطلب الأول: حجية البيانات المنقولة والمحررة إلكترونيا في الإثبات.........	369
الفقرة الأولى: عبء الإثبات في النزاعات المتعلقة بعمليات التحويل الإلكتروني	369
الفقرة الثانية: أدلة الإثبات الإلكترونية الناتجة عن عمليات التحويل...........	376
المطلب الثاني: دور الخبرة في الإثبات في إطار عمليات التحويل............	381
الفقرة الأولى: أهمية الخبرة وشروط إجرائها............................	382
الفقرة الثانية: حجية الخبرة في الإثبات................................	389
الفرع الثاني: تسوية النزاع بين البنك والعميل وجزاء المسؤولية............	393
المبحث الأول: تسوية المنازعات بين البنوك والعملاء.....................	394
المطلب الأول: الوسائل البديلة لحل المنازعات البنكية......................	395
الفقرة الأولى: تقنية الوساطة لفض النزاعات البنكية......................	395
الفقرة الثانية: التحكيم في المنازعات البنكية.............................	402
المطلب الثاني: تسوية النزاع عن طريق القضاء............................	409
الفقرة الأولى: الاختصاص القضائي.......................................	409
الفقرة الثانية: دعوى المسؤولية المدنية..................................	417
المبحث الثاني: جزاء قيام المسؤولية وتعديل العلاقة التعاقدية وإنهائها........	425
المطلب الأول: التعويض عن الضرر......................................	425
الفقرة الأولى: قواعد الحكم بالتعويض في المسؤولية المدنية..................	426
الفقرة الثانية: عناصر تقدير التعويض....................................	434
المطلب الثاني: تعديل العلاقة التعاقدية وإنهائها............................	440
الفقرة الأولى: تعديل العلاقة التعاقدية....................................	440
الفقرة الثانية: إنهاء العلاقة التعاقدية....................................	445
الخاتمة..	451
لائحة المراجع	459

المقدمــة

تقوم البنوك بدور مهم في الحياة الإقتصادية والتجارية، فهي الوعاء الذي تجمع فيه مدخرات الأشخاص، والمحور الذي تدور حوله عمليات الإئتمان بصفتها مصدرا لتمويل مختلف المشروعات الداخلية والخارجية، لهذا فإن العمل البنكي يمثل أداة التعامل الموثوقة في المجتمعات المتحضرة، والوسيط الذي لا غنى عنه في تقابل العمليات الإقتصادية التي تقوم على العرض والطلب، من خلال التوسط بين أصحاب الأموال الذين يسعون إلى توظيفها أو الذين ليسوا في حاجة حاضرة إليها وأصحاب المشروعات الذين يبحثون عما يلزم هذه المشروعات من نقود.

ويستدعي قيام البنك بعملياته المتمثلة في تلقي الودائع ومنح الإئتمان تقديم مجموعة مختلفة من الخدمات المرتبطة بها، يكون الهدف منها تلبية رغبات العملاء وإشباع حاجياتهم المالية والإئتمانية الحالة والمستقبلة، والحقيقة أن العلاقة التي تجمع البنك بالمتعاملين معه في أغلب الأحوال هي علاقة قانونية مركبة تتضمن مجموعة كبيرة من العمليات المترابطة والمتشابكة، ولا تشكل عمليات إيداع الأموال أو منح الإئتمان سوى نقطة الإنطلاق لهذه العلاقة التي تشمل إجراء العديد من العمليات يتم تحديدها بحسب رغبة العميل وإحتياجاته.

وقد ظهرت الخدمات البنكية بظهور عمليات البنوك الأصلية وتطورت بتطورها، ففي الوقت الذي بدأ فيه التجار يحتفظون بأموالهم لدى الصيارفة خوفا من سرقتها أو ضياعها عند ممارستهم للتجارة، أصبحت الحاجة ملحة إلى إبتكار وسائل يستطيع من خلالها التاجر الوفاء بالتزاماته والتعامل بأمواله الموجودة لدى الصيارفة دون أن يضطر إلى حملها معه إينما حل وارتحل، فظهر ما كان يعرف بأوامر الصرف، والتي تمثل أمرا صادرا عن العميل للوفاء بالقيمة الواردة في أمر الصرف لصالح الشخص الذي يحمله[1].

ولما أكتشف الصيارفة أن معظم العملاء لا يطلبون سحب أموالهم دفعة واحدة، مما يعني بقاء جزء مهم منها في حوزتهم كودائع مجمدة، قاموا بتطوير مقدرتهم على استثمار تلك الأموال بإقراضها مقابل الحصول على فوائد، وأصبحوا يقدمون الخدمات البنكية لخدمة الإئتمان، ونتيجة لظهور الكمبيالة كأداة قانونية لتنفيذ عمليات الصرف ظهرت معها خدمات تحصيل قيمتها لصالح العملاء.

---

(1)- أنظر في ظهور وتطور الخدمات البنكية :
- حسن حسني : عقود الخدمات المصرفية، بدون ناشر، القاهرة، 1986، ص 12 وما بعدها
- محمد زكي الشافعي : مقدمة في النقود والبنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 190 وما بعدها
- عبد الرحمن بل باشا : الخدمات البنكية من الوجهة القانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الدراسية 1999-2000 ص32

وحتى بعد أن أصبح قبول الودائع ومنح الإئتمان يمارس من خلال مؤسسات متخصصة، استمرت هذه المؤسسات بتقديم الخدمات الموازية لعملياتها الرئيسية، ولم تكن البنوك في هذه المرحلة تواجه الكثير من الصعوبات في اجتذاب ودائع العملاء، فهم الذين يتوجهون إلى البنك لطلب خدماته مقابل عوائد بسيطة تدفع لهم، ومن ثم يقوم بتوظيف هذه الودائع في آفاق متسعة من التوظيف بالنظر إلى بداية التطور التكنولوجي الذي شهده بداية القرن الماضي.

لكن تحت تأثير الظروف الإقتصادية لما بعد الأزمة المالية والحرب العالمية الثانية في النصف الأول من القرن الماضي، ازداد الطلب على الإئتمان البنكي لتمويل المشاريع المختلفة، فاشتدت الحاجة إلى ودائع الجمهور وزادت المنافسة بين البنوك على اجتذاب أكبر كم ممكن من العملاء، وفي المقابل زاد الوعي الاستثماري للعملاء بمعنى أنهم أصبحوا أكثر قدرة على إدارة أموالهم، وأصبح العميل يطالب بالحصول على عوائد أكبر نظير إيداع أمواله لدى البنك، فأدركت البنوك أهمية الخدمات الموازية لعملياتها الرئيسية، ووجدت فيها الوسيلة الأمثل لاجتذاب العملاء، مما حدا بها إلى تحجيم دور المنافسة السعرية التي تقوم على زيادة العوائد المدفوعة للعملاء لقاء إيداع أموالهم في مقابل توسيع نطاق المنافسة غير السعرية التي تعتمد على تأدية خدمات بنكية مقابل تكلفة بسيطة كوسيلة لاجتذاب العملاء[1].

وقد شهد العصر الحديث نقلة نوعية في ميدان الخدمات البنكية إذ ازداد حجم المعاملات البنكية بحيث أصبح التعامل مع البنوك سمة من سمات هذا العصر، وارتفعت بذلك نسبة الأشخاص المرتبطين بعلاقات مع البنوك والذين يمتلكون حسابات بنكية ويستفيدون مما تمنحه لهم البنوك من منتجات متنوعة وخدمات موجهة لكل فئة، وما تمنحه لهم أيضا من ضمانات على ودائعهم وفوائد يجنوها على أموالهم المودعة.

وعليه، لم يعد اللجوء إلى البنك في وقتنا الحالي مقتصرا على التجار أو أصحاب رؤوس الأموال فقط، ففي ظل المنافسة الكبيرة التي يشهدها القطاع البنكي وجهت البنوك اهتمامها لمختلف فئات المجتمع بغرض تنمية ثقافة الادخار، تارة إلى فئة المدخرين الشباب أطفالا ومراهقين لحثهم على الادخار، وتتجه تارة أخرى إلى المداخيل العائلية من مرتبات وأجور ليتم تحويلها من منبعها رأسا إلى البنك الذي يكفل لأصحابها استعمالها بيسر وسهولة باستخدام الوسائل التي يضعها لهم[2]، وفي مقابل ثقافة الادخار ظهرت ثقافة

(1)- أنظر في ذلك :

- مروان محمد أبوعرابي : الخدمات المصرفية في البنوك الإسلامية والتقليدية، دار تسنيم، عمان، الأردن، 2006، ص 9 وما بعدها

(2)- أنظر في ذلك :

- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004 ص 48

الاستهلاك تحت ضغط الحملات الدعائية، فأصبحت البنوك تتنافس على تقديم القروض الاستهلاكية بأقل الضمانات الممكنة وفي أوقات قياسية.

وإزاء الحجم الهائل من العملاء وفي ظل مناخ التنافسية الشديد السائد، ازداد عدد الخدمات البنكية المقدمة للعملاء وتنوعت أساليبها وأشكالها، ووجب على البنك أن يعمل بأقصى سرعة ممكنة، فالعملاء وهم المحرك الأساسي للنشاط البنكي لا يقبلون التأخير في تنفيذ أوامرهم أو إجراء عملياتهم المختلفة، وبذلك أصبح حجم المعاملات المعالجة يشكل ثقلا على تدبير البنوك لأعمالها اليومية وعبئا على مستخدميها الذين بدئوا يواجهون كما هائلا من الأوراق، كما أصبح التدبير التقليدي للعمليات البنكية ذو تكلفة باهظة لا تتناسب مع التكلفة الزهيدة التي يتقاضاها البنك لتقديم خدماته للعملاء.

وبعد اختراع الحاسب الآلي وتطور التقنيات الناتجة عنه تبين أن الاعتماد عليه يوفر للبنوك الوسيلة المثالية لمواجهة التوسع الكبير في نشاطاتها المختلفة، كما أنه يمكن من تحسين الخدمات المقدمة للعملاء وإشباع حاجياتهم المختلفة، فاستعانت البنوك بهذه التقنية والتكنولوجيا المنبثقة عنها وتوسعت في ذلك إلى أن أصبحت من أكبر مستهلكيها، مكرسة في ذلك أحد أهم التحولات التي شهدها القطاع البنكي، لكن هذا التحول لم يكن على دفعة واحدة، وإنما مر بمجموعة من المراحل(1)، شهدت تغيرات في نطاق الاعتماد على التكنولوجيا الحديثة ومجالاته.

ففي بداية الأمر كان استخدام الحاسب الآلي مقتصرا على الأعمال الداخلية التي يقوم بها البنك في السلسات الكبيرة لمعالجة المعلومات، كحفظ البيانات واسترجاعها على مستوى المقرات الرئيسية للبنوك، بالإضافة إلى مسك المحاسبة العامة للبنك ومسك محاسبة حسابات العملاء، والقيام بالعمليات الحسابية المختلفة كالضرائب والعمولات، ثم بعد ذلك تطور الأمر ليتم استخدامه في تبادل المعلومات المخزنة في حواسيب مركزية تربط بين وكالات البنوك المختلفة ومراكزها الرئيسية قصد القيام بعمليات معينة في تلك الوكالات بمحضر العميل.

وفي مرحلة ثانية استفادت البنوك من تقنيات الحاسب الآلي لتسهل العمليات التي تجريها فيما بينها على المستوى المحلي، فبعد أن كانت التعاملات والمبادلات المالية بين البنوك تكتسي طابعا ماديا تقليديا على أساس تداول الورق، بما كان يكلفها الكثير من الوقت والجهد والمال، أصبحت هذه المبادلات تتم بشكل إلكتروني، بفضل ما أفرزه

(1)- أنظر في مراحل استخدام الحاسب الآلي في العمل البنكي :
- محمد المرسي زهرة : القانون والحاسوب، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1995، ص 9 4 وما بعد
- أحمد جمال الدين موسى : النقود الإلكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 124 وما بعد
- Chaibinou (E) : L'informatisation de la banque, Ed dar alyousr, Casablanca,1987, P28 et s

استخدام الحاسب الآلي من ظهور نظم معلوماتية لإجراء عمليات المقاصة، وأصبح من الممكن نقل الديون من بنك إلى آخر دون حاجة إلى الإجراءات الورقية التي تقوم على نقل سندات الديون نفسها كالشيكات مثلا، وعلى الصعيد الدولي أدى استخدام الحاسب الآلي إلى ظهور نظام سويفت (S.W.I.F.T)[1] الذي يسمح بإرسال المعلومات بشكل مباشر وسريع بين البنوك المنتشرة حول العالم والمنخرطة في هذا النظام.

وبعد تطور التقنيات التي تعتمد على تكنولوجيا الحاسب الآلي بشكل كبير، شرعت البنوك في الاستفادة منها لتقديم الخدمات البنكية لعملائها بشكل مباشر، فاتجهت إلى تنمية خدماتها التي تقدم بالموازاة مع عملياتها الرئيسية وعمدت إلى تطوير بعض الخدمات التقليدية، واستحدثت خدمات جديدة تسمح للعميل بالوصول إلى حسابه وإصدار أوامر الوفاء سواء لحسابه أو لحساب غيره دون حاجة إلى احتكاكه أو اتصاله اتصالا ماديا مباشرا مع رجل المهنة البنكية.

وعلى الرغم من جميع المراحل والتطورات التي مرت بها الخدمات البنكية فقد حافظت على ميزتها الأساسية بتوفير وسائل مأمونة يستطيع العميل من خلالها الوفاء بالتزاماته أو استرداد وديعته الموجودة لدى البنك سواء لحسابه أو لحساب شخص آخر دون الحاجة إلى التعامل بالنقود بشكل مباشر، وقد اتخذت هذه الوسائل أشكالا متعددة منذ بداية نشأتها إلى وقتنا الحالي، بداية من أوامر الصرف إلى الكمبيالات أو سندات السحب فالشيكات، فالبطاقات البنكية والشيكات الإلكترونية، تمتاز جميعها بالتسهيلات والحماية التي توفرها في الوقت الذي تزداد فيه المخاطر، فتستخدم كأدوات للوفاء أو لتحويل الأموال التي يملك العميل حق التصرف بها لدى البنك[2].

وقد وجدت هذه الوسائل الحديثة مكانا لها في إطار خدمات الصندوق التي يقوم البنك بتقديمها لكل من يتعامل معه، وهي خدمات تنقسم عموما من ناحية ارتباطها بالأموال التي يحق للعميل التصرف بها لدى البنك وديعة كانت أم ائتمانا، إلى الوفاء بأوامر التحصيل

---

(1) – وهي عبارة عن منظمة تعاونية لا تستهدف الربح مقرها في Hulpe ببلجيكا وتم تأسيسها عام 1973 من طرف 39 بنكا يمثلون 15 دولة، أنظر في ذلك :

- S.W.I.F.T (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) www.swift.com
- Berrada (M-E) : les techniques de banque et de credit au maroc, SECEA, Casablanca, 1991, P39
- Moumouni (CH): Droit et pratiques du paiement electronique des ventes internationals, Thèse pour i'obtention du grade de docteur en droit, Faculté de droit, de i'université Laval, Québec Octobre 2001, P268 est

(2)– أنظر في ذلك :

– مروان أحمد الطاهات : تقييم الخدمات المصرفية عبر الإنترنت المقدمة من البنوك التجارية الأردنية، رسالة لنيل الماجستير في التمويل والمصارف، كلية إدارة المال والأعمال، جامعة آل البيت، الأردن، السنة الدراسية 2005-2006، ص 7 وما بعد

- Al-kayed (A): Measuring attitudes of personal customers toward the use of electronic payment services in Jordanian commercial banks, Thesis, Master,Graduate college of administrative and financial studies, Amman arab university f graduate studies, 2005, P15

وتنفيذ أوامر الأداء بغض النظر عن كون هذا الأداء تم لحساب العميل نفسه أو لحساب غيره ممن يقبلون تلك الوسائل الحديثة في الأداء، إلا أنها تمتاز عن خدمات الخزينة التقليدية كالشيكات على سبيل المثال في بساطتها ومرونتها واعتمادها على تقنيات حديثة توفر الأمان فيها.

ونظرا لأهمية القطاع البنكي بوصفه عماد الإقتصاد الوطني، سعت التشريعات إلى تنظيمه، وأقرت إجراءات فعالة ومكنزمات محكمة تمكن البنوك من تسيير المخاطر ومواجهتها، حفاظا على استقرار الإقتصاد، ولحماية أموال المودعين والأشخاص المتعاملين معها، فلا يمكن للمؤسسة البنكية أن تحقق نشاطا يحفظ استقرارها وسمعتها ما لم تخضع لأسس تنظيمية وقانونية تحكم عملها وتقيدها بمجموعة من الضوابط في أدائها لمهامها تحت طائلة المسؤولية.

والحديث عن مسؤولية البنك ليس أمرا مستجدا في الفكر القانوني، لكن يمكن القول أن الاهتمام بهذا الموضوع قد ازداد كثيرا مؤخرا نتيجة لتزايد حجم المتعاملين مع البنك وتوسع أنشطتها وتطورها، مما أدى إلى إتساع دائرة مسؤوليتها يوما بعد يوم وشمولها لمجالات لم يسبق لها أن كانت مسؤولة عنها، بل إن ذلك قد أدى إلى ظهور أنواع جديدة من المسؤولية، منها ما يتحملها البنك بصفته أحد اكبر الفاعلين الاقتصاديين في الدولة، فيقع عليه واجب حل بعض المشكلات التي تساهم في دعم استقرار المجتمع وهي ما يطلق عليه المسؤولية الإجتماعية[1].

وعلى أي حال فإن الاهتمام الكبير بمسؤولية البنوك انصب على مختلف جوانب الأنشطة التي تمارسها، لكنه تركز بشكل ملحوظ على الجوانب المتعلقة بعلاقة البنوك بالمتعاملين معها ومسؤوليتها القانونية عن العمليات التي تجريها، خصوصا فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية عن الأضرار التي يمكن أن تحدث للعملاء نتيجة لما تمارسه من أنشطة، والواقع أن تزايد العمليات البنكية واختلاف مضمونها ووسائل ممارستها المتطورة بتطور التقنيات المستخدمة، أدى إلى خلق أوضاع قانونية خاصة، تعتمد على السرعة في إنجاز العمليات على حساب الإلمام بتفاصيل العملية والنتائج المترتبة عنها.

---

(1)- ويتوجب على البنوك أن تنفق جزءا من أرباحها على الأنشطة الإجتماعية بأشكالها المختلفة، ذلك أن الإلتزامات الأخلاقية تملي عليها أن يكون لها دور إجتماعي، يتوازن مع النقد الموجه لها بكونها تكتفي بتكديس الأرباح وتتوسع في الإستثمار دون أي شعور بحاجة المجتمع إلى كثير من الخدمات والمشاريع، بل وتتجاهل الكثير من المتطلبات الأساسية للعاملين فيها، وهذا الأمر كما يحقق فائدة للمجتمع فإنه يحقق فوائد للبنوك نفسها، فالأرباح على المستوى البعيد سوف تكون أكبر بكثير عندما يشعر المجتمع بأن البنك ملتزم تجاهه وأنه يسهم في الإرتقاء به ورفاهيته، أنظر في ذلك :

- عدلي قندح : ورقة عمل حول المسؤولية الإجتماعية للبنوك، مقدمة إلى المؤتمر الأردني الأول حول المسؤولية الإجتماعية للشركات المنعقد بتاريخ30- 31 إبريل 2008 عمان، الأردن، موقع جمعية البنوك الأردنية الإلكتروني www.abj.org.jo

لذلك فإن هذا البحث يأتي ضمن سياق تسليط الضوء على مسؤولية البنك المدنية عن العمليات التي يقوم بها، وقد اخترنا البحث في إحدى أهم العمليات التي كانت ولا زالت تقوم بها البنوك وهي خدمات الصندوق في جانبها المتعلق بالوفاء والتعامل في حساب العميل، والتي شهدت تطورات كبيرة في كيفية إجرائها من خلال الاعتماد على التكنولوجيا الحديثة وما أفرزه استخدام الحاسب الآلي، حتى اكتسبت خصوصية واستقلالية عن غيرها من العمليات الأخرى المشابهة، لم تتكرس فقط في تسميتها بعمليات التحويل الإلكتروني، وإنما كذلك في كيفية إجرائها والآثار الناجمة عنها والتزامات وحقوق أطرافها.

- أولا : دواعي إختيار الموضوع

من أهم الأسباب التي تدفع إلى البحث في موضوع مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني هو غياب رؤية واضحة حول حدود مسؤولية البنك عن الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها العميل نتيجة العمل بأداوت التحويل الإلكتروني المختلفة، بالإضافة إلى عدم وضوح ماهية هذه العمليات بحد ذاتها، فالبنوك تعتمد على النظام الإلكتروني في تنفيذ معظم إن لم يكن جل العمليات التي تمارسها، وقد أدى ذلك إلى تشابه هذه العمليات في مظهرها رغم اختلافها في مضمونها والآثار الناتجة عنها، مما يتطلب إيضاح مفهوم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني وتحديد أبرز مظاهرها وما تنضوي تحت مفهومها.

ومن جهة ثانية فإن الأهمية التي تكتسيها هذه العمليات في وقتنا الحالي، وانتشار التعامل فيها بشكل كبير بحيث أصبحت تعتبر الوسيلة الأمثل للتعامل في الأموال المودعة في الحسابات لدى البنوك، في ظل شبه غياب لتنظيم قانوني لها من طرف كل من التشريعين المغربي والأردني، يوجب علينا البحث عن القواعد القانونية المطبقة عليها ضمن مختلف القوانين ذات الصلة بالأعمال البنكية، فعلى الرغم من لجوء البنوك إلى تنظيمها من خلال العقود التي تبرمها مع عملائها فإن هذا التنظيم يبقى قاصرا، خصوصا إذا ما أخذنا بعين الاعتبار الحماية التي أصبحت توليها التشريعات والإجتهادات القضائية الحديثة لعملاء البنوك كمستهلكين للخدمات البنكية في مواجهة البنوك التي تمتهن وتحترف القيام بهذه العمليات.

فالتعامل بوسائل التحويل الإلكتروني ينطوي على العديد من المخاطر بالنسبة للعملاء مما قد يحدث لهم أضرارا إذا ما تحققت تلك المخاطر، فيمكن أن يحدث عطل إلكتروني يجعل البنك غير قادر على الوفاء بالتزاماته تجاه العميل، كما لو دخل فيروس إلى أجهزة البنك أوقفها عن العمل، أو أن برنامج الحاسوب المعد لتقديم الخدمات البنكية غير معد جيدا لاستقبال طلبات العملاء، أو إذا تعرض العميل لكشف حسابه نتيجة لاقتحامه من طرف الغير بعد سرقة أداة التحويل أو انتحال شخصية العميل، لذا كان من المفيد القيام بهذه الدراسة لتسليط الضوء على المسؤولية المدنية للبنك كطرف قوي في العلاقة التي

تجمعه بعملائه ومحاولة البحث عن وسائل لحماية الطرف الضعيف ضمن الإطار القانوني الذي حددته التشريعات والإجتهادات الفقهية والقضائية.

ـ ثانيا : أهمية الموضوع

إن المنافسة الكبيرة التي يشهدها القطاع البنكي في سبيل اجتذاب أكبر عدد من العملاء دفعها إلى تطوير خدماتها، وأضحت المنافسة في تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني كبيرة ونتج عنها توفير حلول مرنة وبسيطة لإجراء العمليات المختلفة على الحساب، تجنب مستخدميها حمل مبالغ مالية كبيرة معهم، لهذا فهي وسائل تغري الأفراد للتعامل مع البنوك وفتح حسابات لإيداع أموالهم والحصول على إئتمان، مما يساهم في رفع أرباح البنوك نتيجة لتغذية العملاء لحساباتهم بالأموال أو إبقاء ودائعهم لديها دون سحبها نقديا فتستفيد البنوك بذلك من بقاء الأموال لديها باستثمارها، كما أن البنوك لا تقدم مثل هذه الخدمات بالمجان وإنما تتقاضى رسوما سنوية وعمولات نظير ذلك.

ولا تخفى أهمية موضوع كموضوع مسؤولية البنك المدنية الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، إذ أن تحليله يقتضي فك أضلع المعادلة التي يتضمنها هذا الموضوع، وتحليل مضمونها بداية من المسؤولية المدنية ومرورا بعمليات البنوك، وصولا إلى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.

لهذا فإن أهمية دراسة المسؤولية الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تتجلى في تبيان أبرز المخاطر التي قد يتعرض لها الأشخاص الذين يتعاملون بوسائل التحويل الإلكتروني للأموال، والحقيقة أن هذه المخاطر كما قد تحيط بالعميل فإن أثرها يمتد للبنك وللاقتصاد الوطني بأكمله في بعض الأحيان، وعدم توفير البنك للبيئة الملائمة لإجراء هذه العمليات واتخاذه التدابير اللازمة لإدارة المخاطر الناتجة عنها وحمايتها بالوسائل التقنية والقانونية قد يؤثر على ثقة العملاء في هذه الوسائل، والتأثير بالتالي على ثقتهم بالبنوك مما قد يحدث الكثير من الخسائر لها نتيجة لإحجامهم عن التعامل معها ويؤثر بالتالي على حجم الودائع، فتصبح البنوك غير قادرة على منح الإئتمان لقطاع الأعمال والاستثمار وفقا للشكل الذي يتطلبه النظام الإقتصادي للدولة.

كما أن معرفة العميل لحقوقه والتزاماته الناتجة عن تعامله بوسائل التحويل البنكي الإلكتروني يساهم بدوره في تحقيق أقصى درجة من الحماية له، للحيلولة دون الوقوع في الأخطاء والتعرض للمخاطر الناتجة عنها، فيتجنب ما يمكن أن يقع له من أضرار والدخول من ثم في نزاع مع البنك حول المسؤولية عن تلك الأضرار، فالعقود التي تنظم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني هي عقود ملزمة للجانبين يتحمل كل من البنك والعميل بالتزامات تنشأ عنها، والاستفادة من هذه العمليات تتطلب نوعا من التعاون والتواصل الدائم والمستمر بين البنك وعميله، وبقيام كل طرف بالالتزامات المفروضة عليه يكون قد ساهم في حماية أمن وسلامة عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.

- ثالثا : إشكالات الموضوع ومنهج البحث

تعتبر الموضوعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية على العموم من أكثر مسائل القانون المدني تعقيدا وأكثرها تشعبا، وذلك يرجع إلى كثرة الآراء التي قيلت فيها وتنوعها واختلافها، وبروز العديد من النظريات في مختلف جوانبها ومجالاتها، وإذا كانت المسؤولية المدنية هي أكثر مواضيع القانون المدني طرحا للإشكالات، فإن محاولة تطبيقها على مجالات بعيدة عن القانون المدني تزيد من حجم هذه الإشكالات، فلا يخفى على كل مطلع صعوبة تطبيق قواعد المسؤولية المدنية على العمليات التي تمارسها البنوك على العموم، نتيجة لموقع هذه العمليات ضمن فروع القانون المختلفة وتشابكها وتعقدها وعدم وضوح الأسس القانونية واجبة التطبيق عليها، فهناك العديد من العمليات البنكية التقليدية التي لا زالت تثير العديد من الإشكالات القانونية على مستوى الفقه والقضاء بخصوص المسؤولية المدنية الناتجة عنها.

والتساؤل الجوهري الذي يطرحه هذا الموضوع هو مدى موائمة القواعد العامة للمسؤولية المدنية مع عمليات التحويل البنكي الإلكتروني؟، ليس فقط فيما يتعلق بطبيعة وأساس وأركان هذه المسؤولية، وإنما بمختلف أحكام المسؤولية المدنية والآثار الناتجة عنها، لكن نظرا لأنه من الصعوبة بمكان الإلمام بجميع الموضوعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية، فقد وجب علينا التركيز على أهم المسائل التي تثير إشكالات بهذا الخصوص.

وتتركز أهم إشكالات هذا البحث في الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، فهل تقوم على الخطأ؟ على اعتبار أن البنك ما هو إلا جزء من المجتمع الذي نعيش فيه، وهو بذلك لا يكون مسؤولا عن تعويض أي ضرر إلا إذا كان نتيجة انحراف في سلوكه؟ أم تقوم على تحمل التبعة أو المخاطر على اعتبار أن ممارسة البنك لأعماله توجب عليه أن يتحمل نتيجة هذه الأعمال والمخاطر التي أنشأها ويستفيد منها، وعليه بالتالي تعويض العميل حتى لو لم يقع أي خطأ منه؟

ومن جهة أخرى فإن إشكالا جوهريا آخر يثار بخصوص البنود التعاقدية التي تتضمنها عقود تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني، نظرا لأن البنوك تتوفر على صفة الطرف القوي في العلاقة التي تجمعها بالعميل لما تتمتع به من قوة اقتصادية وخبرة فنية في تلك العمليات، فما مدى حدود إعمال الشروط التعاقدية تلك، إذا ما علمنا أنها تنظم أغلب جوانب المسؤولية العقدية، من وسائل تسمح للبنك بإعفاء نفسه من المسؤولية، وتحديد وسائل الإثبات المستخدمة وتقرير حجيتها، بالإضافة إلى شروط أخرى تتعلق بالاختصاص وتعديل العلاقة التعاقدية وفسخها.

وقد إعتمدنا في هذا البحث على مناهج البحث العلمي في تبيان خصائص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني من خلال وصف مكوناتها وكيفية إستخدامها وشروط إجرائها، فهي وسائل تقنية يتم العمل بها من خلال مجموعة من الوسائل المادية والمعلوماتية، فكان من اللازم حتى تتضح الصورة بخصوصها أن نقوم بعملية وصف لها ولكيفية العمل بها،

ونظرا لكون دراستنا هذه تقوم أساسا على البحث في المسؤولية المدنية التي تنظم أحكامها القواعد العامة، فإننا سنقوم برد الفروع إلى أصولها بشكل مستمر في معظم صفحات هذا البحث مع محاولة استجلاء أي خصوصية إن وجدت.

وقد كان من الواجب علينا تحليل بعض جزئيات موضوع الدراسة في التشريعات الوطنية والمقارنة وفي ظل عقود تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني، بالإضافة إلى عرض الآراء الفقهية ومواقف القضاء الوطني والمقارن في حدود المتاح لنا من أحكام وقرارات قضائية، فموضوع البحث يحتاج إلى شرح دقيق وتمحيص متعمق وصولا إلى القواعد والأحكام الحاكمة له، ولأن تميز الأشياء وخصوصيتها لا تظهر بوضوح إلا بمقارنتها بأشباهها، فقد كان من اللازم الاعتماد على مقارنة النصوص القانونية المغربية والأردنية بعضها ببعض، ومقارنتها بنصوص التشريعات الحديثة التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، كقانون النقد والمالية الفرنسي، وقانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي.

- رابعا: خطة البحث

تمشيا مع موضوع البحث فقد اعتمادنا على التقسيم الثنائي من خلال تناول هذا الموضوع في بابين، خصصنا الأول لأحكام مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، ونظرا لأهمية التعريف بعمليات التحويل البنكي الإلكتروني قبل تناول المسؤولية المدنية للبنك عنها فقد ارتأينا تناول الأحكام الخاصة بها في الفصل الأول، فقمنا باستجلاء مفهومها من خلال الآراء الفقهية والتوجهات التشريعية، ثم حاولنا تمييزها عن غيرها من العمليات التي تمارسها البنوك وتختلط أو تتشابه معها، ثم أشرنا إلى الشروط المتطلبة لإجراء عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، والإجراءات المتبعة في ذلك، وأخيرا قمنا بتحديد التزامات كل من البنك والعميل بخصوصها لكي نستطيع وضع حدود لمسؤوليتهما.

وفي الفصل الثاني من الباب الأول تطرقنا للنظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، ونظرا للخلافات الفقهية والقضائية بخصوص مسؤولية البنك المدنية بشكل عام فقد كان من اللازم تناول المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري بشكل مفصل لتحديد التوجهات الفقهية والقضائية التي تتلاءم مع عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، ثم بعد ذلك أشرنا إلى تطور نظام المسؤولية المدنية وفقا للنظريات الحديثة وحاولنا استجلاء غموضها ومعرفة مدى إمكانية تطبيقها على عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، وحتى لا تبقى الأسئلة المطروحة دون إجابات، قمنا في المبحث الأخير من هذا الفصل بتبيان خصوصية مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، وطرحنا بعض الحلول لمواجهتها.

أما الباب الثاني من هذه الدراسة فقد خصصناه لآثار مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، وبعد أن تبين لنا أن هناك من العوامل ما يؤثر على حدود مسؤولية البنك المدنية عن تلك العمليات بشكل سلبي تارة وإيجابي تارة أخرى، فقد قمنا في الفصل الأول بحصر هذه العوامل من خلال فرعين، حددنا في الأول العوامل السلبية والتي يقصد بها تلك العوامل التي تخفف من مسؤولية البنك أو تعفيه منها، فتحدثنا عن الإعفاء القانوني الإتفاقي من المسؤولية، وعن شروط تحديد المسؤولية والتخفيف منها، أما الفرع الثاني فقد تناولنا العوامل التي تؤثر على مسؤولية البنك بشكل إيجابي، والتي تشدد من مسؤوليته أو تمنعه من إعفاء نفسه منها، وهي بالأساس تلك التشريعات والتوجهات الفقهية والقضائية الساعية إلى حماية العميل كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية.

ونظرا لأهمية الجوانب الإجرائية في نطاق مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني فقد قمنا بتناولها في الفصل الثاني من الباب الثاني، ففصلنا قواعد الإثبات، وأشرنا إلى أهم وسائله في عمليات التحويل البنكي الإلكتروني وحجيتها، وحتى تكتمل دراسة الجوانب الإجرائية للمسؤولية المدنية فقد كان من اللازم التطرق للنزاع القائم بين البنك والعميل بخصوص الأضرار الواقعة لهذا الأخير نتيجة عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، فحرصنا بداية على الإشارة لأهم الوسائل البديلة لحل النزاعات، ثم للاختصاص القضائي من خلال تحديد الإختصاص وإبراز أهم عناصر الدعوى، وفي المبحث الأخير من هذه الدراسة تحدثنا عن الحكم بالتعويض كجزاء للمسؤولية المدنية، ثم لسلطة القاضي و الأطراف في تعديل وإنهاء العلاقة التعاقدية، وعلى ضوء ما سبق تتضح خطة دراستنا لهذا الموضوع من خلال بابين :

الباب الأول : أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

الباب الثاني : آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

الباب الأول 1

أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

الباب الأول

أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

قطع استخدام الحاسبات الآلية شوطا كبيرا من بداية انتشارها في خمسينات القرن الماضي إلى وقتنا الحالي، إلى أن أصبحت تتبوأ مكانة هامة في المجتمعات المعاصرة، بحيث يمكن القول أنها تشكل أهم تكنولوجيا عرفها هذا القرن بل وربما عرفتها البشرية على مر عصورها، ذلك أنه لا يكاد يخلو قطاع أو مجال من مجالات النشاط الإنساني إلا ويتم الاعتماد على بعض مظاهرها ومخرجاتها فيه، فأصبح لاستخدام الحاسب الآلي دور كبيرا في رقي المجتمعات ورفاهيتها.

وقد أدى الاستخدام المتزايد لهذه التكنولوجيا وما تنطوي عليه من وسائل وأدوات إلكترونية حديثة، إلى إحداث ثورة على الوسائل القانونية التقليدية، فعلى صعيد العمليات البنكية التي تعتبر من أهم المجالات التي بدأت في الاعتماد على هذه المظاهر الإلكترونية، أدى استخدام الحاسب الآلي فيها إلى تيسير وتسهيل وسرعة إجراء هذه المعاملات بما يتفق مع ما تتميز به الأعمال التجارية من سرعة وثقة وائتمان متميز يتعارض مع الطرق التقليدية المستندة للاستعمالات الورقية والإجراءات الإدارية المعقدة التي تتطلب وقتا طويلا، وتعتبر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني إحدى الاستخدامات الإلكترونية المتعددة في مجال الأعمال البنكية.

ومع هذا التطور في الأنشطة التي تمارسها البنوك بصفة خاصة، في إطار التغيير المستمر للحياة الإقتصادية والتجارية، ظهرت العديد من الإشكالات القانونية أهمها مدى لحاق التنظيم القانوني بهذه التغييرات الكبيرة، فالقانون يجب أن يبقى في حركية دائمة حتى يستطيع اللحاق بالواقع، ليس فقط لتحقيق العدل وإنما لتوجيه الجهود نحو التطور الإقتصادي والإجتماعي كذلك، فالقانون كما قد يكون محركا لهذا التطور فإنه قد يكون معطلا له إذا كان غير قادر على مواكبة التطورات الإقتصادية والإجتماعية[1].

ففي ظل الإنتشار الواسع الذي شهده العمل بأدوات التحويل البنكي الإلكتروني المختلفة، قد يؤدي غياب النصوص القانونية التي تنظم العمل بهذه الوسائل وتحدد معالم النظام القانوني لهذه الوسائل الحديثة إلى إحداث أضرار فادحة بمختلف الأطراف ذات العلاقة، لأن التعامل بالنظام الإلكتروني ينطوي على مخاطر كبيرة للبنك والأشخاص الذين يتعاملون معه، وإذا كان البنك كمؤسسة مالية يمتلك من الإمكانات ما يخفف من

(1)- أنظر في ذلك :
- أستاذنا إدريس الفاخوري: تطور القانون، الأسباب والوسائل، مجلة المرافعة،عدد 11، سنة 2000 ص57 وما بعد

وطأة هذه المخاطر عليه، فإن العملاء أصبحوا في حاجة ماسة لحمايتهم من الأضرار التي يتعرضون لها في هذا الأثناء.

ونظرا لضعف التنظيم التشريعي لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني يلجأ الأطـراف إلى التنظيم التعاقدي من خلال إبرام عقد يجمع بين البنوك وبين المتعاملين معها، يتولـد عن التقاء إرادتين توافقتا على إنشائه، فيكون هذا التوافق هو الذي يجعل العقـد شـريعة المتعاقدين، فهو قانونهما المشترك الذي خلقاه بأنفسهم[1]، وهو كأي نظام قـانوني آخـر يظهر كقوة من جوهرها البقاء والاستمرار، بحيث يستجيب إلى حاجة الانتظام والثبـات، لكنه في المقابل يتأثر بالتغيرات التي تعكس تطورات الفكر القانوني وحركيـة الاجتهـاد القضائي، فإذا كان من طبيعة القانون الدوام مع الميل نحو الثبات والاستقرار، إلا أنـه لا يمكن تجاهل القوى المتحركة التي لا بد منها لإحيائه وتحقيق غايته واستمراره.

والبحث في جوانب المسؤولية المدنية لعقد من العقود التي تبرمها البنوك مع عملائها ينبغي أن يمر بداية بدراسة هذا العقد نفسه، لذلك فإن دراسة موضوع المسؤولية المدنيـة الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني يجب أن يبدأ من دراسة عمليات التحويـل البنكي الإلكتروني نفسها، فلا يمكن الحديث عن مدى قيام مسؤولية البنك أو عدم قيامها إلا إذا قمنا بتحديد ماهية التحويل البنكي الإلكتروني بداية، لنتعرف من ثـم علـى القواعـد المنظمة للعلاقة بين الأطراف بخصوصها، للوصول إلى تحديد طبيعة المسؤولية المدنيـة والأساس الذي تقوم عليه، وسنقوم من خلال هذا الباب بدراسة أحكـام مـسؤولية البنـك المدنية الناتجة عن عمليات التحويل الإلكتروني من خلال فصلين وفقا للتقسيم الآتي :

الفصل الأول :النظام القانوني لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني

الفصل الثاني : النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني

---

(1)- وقد نص امشرع المغربي على هذا المبدأ في الفصل 230 من قانون الإلتزامات والعقود والذي جـاء فيـه " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منـشئيها، ولا يجـوز إلغاؤهـا إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون "، على خلاف ما فعل المشرع الأردني الذي لم يقـم بوضع نص خاص بخصوصه، لكن ومع ذلك يمكن إستنباط هذا المبدأ من مجموعة من نصوص القانون المدني، كالمادة 241 والتي نصت على أنه " إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون".

الفصل الأول

النظام القانوني لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني

إن الخصوصية التي تتمتع بها العمليات البنكية بشكل عام،كطبيعة القواعد التي تنظمها والعمليات التي تتناولها، والأدوات والتقنيات المستخدمة فيها، دفعت بها تدريجيا إلى اكتساب ما يميزها عن غيرها من الأنشطة التجارية المختلفة، فهي تتطور بشكل مستمر مع تطور الحاجيات الإجتماعية والإقتصادية، وهي سريعة التكيف مع خصوصية المجتمعات المختلفة والعصور المتلاحقة، الأمر الذي يستدعي عدم تقييدها بنصوص قانونية جامدة تحد من هذا التطور.

وعلى الرغم من الإيجابيات المترتبة عن عدم وجود تنظيم قانوني خاص ببعض العمليات البنكية-كعمليات التحويل البنكي الإلكتروني- بالنسبة للبنوك، والمتمثلة في إطلاق الحرية لها في تطوير عملياتها والخدمات التي تقدمها لاجتذاب أكبر قدر ممكن من العملاء، فإن هذا الأمر كانت له العديد من السلبيات على مستوى العلاقة التي تجمع البنوك بعملائها، فعدم وجود هذا التنظيم القانوني أو قصوره في بعض الأحيان، فتح الباب واسعا أمام البنوك لتقوم بتنظيم هذه العمليات بالشكل الذي يحقق مصالحها وحدها دون النظر إلى ما يمكن أن يسببه ذلك من أضرار للمتعاملين معها[1].

لكن اقتصار تنظيم العلاقة بين البنك والعميل بالنسبة لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني على العقد الذي يربط بينهما لا ينفي وجود العديد من النصوص القانونية القابلة للتطبيق على هذه العلاقة، فمن جهة أولى يلاحظ أن العمليات البنكية مترابطة ومتداخلة مع بعضها البعض بشكل قد لا يمكن معه في الكثير من الأحيان الفصل بين عملية وأخرى، كما أن عمليات التحويل الإلكتروني كغيرها من العمليات البنكية نشأت على أرضية القانونين التجاري والمدني من جهة ثانية، وفي ضوء مختلف هذه المصادر سنحاول البحث في النظام القانوني لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني من خلال فرعين، نتناول في (الفرع الأول) الأحكام العامة لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني، ونحدد في (الفرع الثاني) التزامات البنك ونطاق مسؤوليته عن تلك العمليات.

---

(1)- أنظر في المركز القانوني للعميل المتعاقد مع البنك :

- موسى رزيق: رضا حامل البطاقة الإئتمانية بالعقد والحماية التي يقررها المشرع له، دراسة في ضوء تشريع المعاملات المدنية الإتحادي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثالث، ص 1047

الفرع الأول

أحكام التحويل البنكي الإلكتروني

تعتبر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني من أهم وسائل التعامل بالأموال التي أفرزتها التطورات الحديثة في تكنولوجيا الإتصالات والمعلومات وأكثرها إنتشارا، فقد أصبحت هذه العمليات المنافس الأول لوسائل الوفاء التقليدية كالشيكات على سبيل المثال، وتطورت لتأخذ أشكال متعددة تتوافق مع طبيعة العصر الحالي ومتطلبات عملاء البنوك[1]، ونظرا للأهمية البالغة لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني فقد كان من اللازم في البداية التعرف على الأحكام المنظمة لها.

ويقتضي التعرف على الأحكام العامة لعمليات التحويل الإلكتروني ضرورة وضع إطار عام يجمع بين ثناياه مختلف القواعد المؤطرة لها من النواحي القانونية والفنية، يبرز خصائصها ويميزها عن أشباهها وما يختلط بها، ويحدد مصادرها وأنواعها في سبيل الوصول إلى غايتنا وهي تحديد مدلولها الحقيقي والعناصر المكونة لها، وللوصول إلى هذه الغاية سنقوم بدراسة في الأحكام العامة لعمليات التحويل الإلكتروني من خلال مبحثين نتناول في (المبحث الأول) ماهية التحويل البنكي الإلكتروني، بينما نحاول تحديد شروط وإجراءات عمليات التحويل البنكي الإلكتروني في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية التحويل البنكي الإلكتروني

يُطرح الإشكال بخصوص مدلول التحويل البنكي الإلكتروني بمجرد الإطلاع على القواعد القانونية التي حددت قصد المشرع عند استعماله مصطلح التحويل نفسه للتعبير عن مجموعة مختلفة من العمليات المتقاربة في ظاهرها والبعيدة عن بعضها في مضمونها، وسيكون الطرح الجوهري في هذا المبحث هو الوصول إلى تحديد مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني، وذلك يستدعي إيلاء عناية خاصة لهذا التحديد نظرا لتداخل استعمالات المصطلح المتعددة بعضها مع بعض، ومن أجل الإحاطة بماهية التحويل البنكي الإلكتروني ينبغي بداية التأكيد على تفرده واستقلاليته عن المصدر الذي نبع منه،

---

(1)- وقد أكد بنك المغرب ارتفاع عدد الشبابيك الأوتوماتيكية بمعدل 36,2 % في العام 2004 مقارنة 16,2 % في عام 2003، بينما زادت نسبة نقاط البيع التي تقبل البطاقات الإلكترونية من 7,677 نقطة إلى 10,502 نقطة أي بمعدل زيادة قدره 36,8% ، كما ارتفعت العمليات المجراة بواسطة البطاقات البنكية من 42,5 مليون عملية بقيمة إجمالية تساوي29,1 مليار درهم في عام 2003 إلى 47,5 مليون عملية بقيمة إجمالية قدرها 34,2 مليار درهم أي بزيادة قدرها 36,4 % عن العام الماضي.

- تقرير بنك المغرب للسنة المالية 2004 – يوليوز 2005- ص 103.

وذلك بوضع الحد الفاصل بينه وبين عملية التحويل التقليدية (المطلب الأول)، قبل إبراز المحددات الأساسية المكونة لعناصره (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التحويل البنكي في شكليه التقليدي والإلكتروني

لعل أول ما قد يتبادر إلى الذهن بخصوص مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني هو أنه يمثل أحد وسائل التعامل في الأموال التي تطورت بفعل ما يشهده العالم من ثورة تكنولوجية ومعلوماتية، شأنه في ذلك شأن العديد من الوسائل التي تحولت من الشكل التقليدي إلى الشكل الإلكتروني دون المساس بالوظيفة التي تقوم بها[1]، والحقيقة أن تحديد مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني لا يتم بهذه السهولة، نظرا لأن مفهوم التحويل البنكي العادي أو التقليدي في الأصل يكتنفه الكثير من الغموض الشيء الذي يؤثر بدوره على مضمون مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني، وسنقوم بتوضيح ذلك من خلال البحث في مفهوم التحويل البنكي في (الفقرة الأولى)، قبل محاولة تحديد مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مفهوم التحويل البنكي

يقصد بالتحويل نقل الشيء من مكان إلى آخر فيقال تحول الشخص إذا ما تنقل من موضع إلى آخر والاسم منه الحِول[2] ومنه قوله تعالى ﴿خالدين فيها لا يبغون عنها حولا﴾[3]، والتحويل في الاصطلاح القانوني لا يختلف عن معناه في اللغة، فالتحويل في

---

(1)- إن ما شهدته العقود الأخيرة من تطورات تكنولوجية أحدثت تأثيرا كبيرا بطريقة أو بأخرى في جميع نواحي الحياة، خاصة في قطاعات النشاط الاقتصادي المختلفة ومن بينها القطاع البنكي، حيث شرعت البنوك في الاستفادة من تلك التطورات لاستخدامها في تقديم الخدمات للفوائد المترتبة عنها، وقد أدى الانتشار الواسع الذي عرفته بعض الخدمات البنكية الناتجة عن التطور التكنولوجي كما هو الشأن للبطاقات البنكية، إلى تكوين قناعة لدى البنوك مفادها أن الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة لتقديم الخدمة البنكية أمر لا غنى عنه في ظل المنافسة الشديدة التي يشهدها القطاع البنكي، وهو ما أدى إلى تأثر العديد من الخدمات البنكية بالتطور الحاصل في ميدان الاتصالات وانتقلت بذلك من الشكل التقليدي المادي والملموس ليتم تقديمها يتم بعيدا عن الإجراءات اليدوية واستخدام الدعائم الورقية والتوقيع اليدوي المباشر، فظهر الشيك الإلكتروني والاعتماد المستندي الإلكتروني والكمبيالة الإلكترونية، أنظر:

- محمود محمد ابراهيم أبو فروة: الخدمات البنكية الإلكترونية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2012، ص22.
- محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي : مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الأول، م، س، ص 17 وما بعد
- نبيل صلاح العربي: الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية، دراسة مقارنة، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الأول، م، س، ص 63 وما بعد
- موسى عيسى العامري : الشيك الذكي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الأول، م س، ص 83 وما بعد

(2)- محمد بن مكرم بن منظور : لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، بدون تاريخ، الجزء11، ص113

(3) - سورة الكهف الآية 108

نطاق القانون المدني يقصد به النقل، فتحويل الحق أو الدين يعني نقل الحق أو الدين، أما التحويل في الميدان البنكي فقد عرفه المعجم القانوني على أنه " قيام البنك بنقل مبلغ من النقود من حساب الزبون(1) وقيده في الجانب الدائن في حساب آخر"(2).

فعندما يلجئ الأشخاص إلى البنك لإيداع أموالهم أو للحصول على ائتمان أو لمجرد رغبتهم في الاستفادة من الخدمات التي يقدمها، يفتح البنك حسابا يضبط بواسطته علاقته مع الزبون، وتسجل فيه على شكل قيود في جانبيه الدائن والمدين المبالغ المالية الناتجة عن مختلف العمليات التي يتم إجرائها، وتتم عملية نقل الأموال بين الحسابات المختلفة بمجرد قيام البنك بإجراء قيد يمثل المبلغ المراد نقله في الجانب المدين لحساب الشخص الآمر، وإجراء قيد بنفس المبلغ في الجانب الدائن لحساب المستفيد، فنقل الأموال من حساب إلى آخر هو الغاية من عملية التحويل والتي تتم بإجراء قيود في تلك الحسابات.

لهذا فإن التحويل يعتبر إحدى التقنيات المحاسبية التي تستخدم من قبل البنك لتحريك الأموال من حساب لآخر عن طريق إجراء قيود في الجانب الدائن لأحدها وفي الجانب المدين للآخر، دون أن يشترط في تلك الحسابات أن تكون لشخصين مختلفين أو أن تكون ممسوكة لدى نفس البنك.

وقد أهتم الفقه كثيرا بدراسة عملية التحويل، وما يبرز ذلك الاهتمام كثرة التعريفات التي قيلت بشأنها ورافقت تطورها، وقد تبنى أغلب الفقه المفهوم الحديث للتحويل البنكي(3)

---

(1) يقدم البنك خدماته عادة لنوعين من المتعاملين، الأول يلجأ إليه للقيام بعملية واحدة أو عدة عمليات مثل طلب الوفاء بشيك مسحوب على البنك أو تغيير بعض العملات، وهنا يقوم البنك بتسوية العملية بينه وبين هذا المتعامل بشكل فوري ونقدي دون الحاجة إلى فتح حساب له، أما النوع الثاني من المتعاملين فهو الذي تربطه علاقات مستمرة بالبنك من خلال قيامه بمجموعة من العمليات، ويقوم البنك بتنظيم علاقته بهذا الشخص من خلال فتح حساب له، ومن هنا يكتسب هذا الشخص صفة الزبون أو العميل أنظر:
- علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، بدون دار النشر، القاهرة، 1989 ص 239
- فائق محمود الشماع : الحساب المصرفي، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009 ص5
- عزيز العكيلي : شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة ، عمان، 2006 ص301

وقد تعددت التوجهات بخصوص مفهوم الزبون (العميل) في ظل عدم التحديد التشريعي لهذا المفهوم، فذهب البعض إلى أن الزبون هو الشخص الذي يمتلك حسابا في البنك، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه لا يمكن الاكتفاء بفتح حساب عابر لتسمية الشخص زبونا وإنما يجب أن تكون هناك علاقات مستمرة مع البنك، وقد توجهت محكمة النقض الفرنسية إلى تبني المفهوم الواسع للزبون فجاء في قرار لها " الزبون هو الشخص الذي سبق للبنك أن فتح له حسابا لديه بعد أن تأكد من هويته، ولا يشترط في الزبون أن يكون على علاقة سابقة ومستمرة بالبنك"

- Cass. Com. 25 Oct 1961. B 1962
- أشار إليه سلمان بوذياب : النقل المصرفي، عمليات التحويل الداخلي والخارجي، الدار الجامعية، بيروت، 1985 ص 75

(2) – معجم القانون، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1999ص419

(3) كان الفقه في السابق يعتبر التحويل عملية تتم بين حسابين لشخصين مختلفين، ومن ثم تطور هذا المفهوم بعد اعتبار التحويل عملية تقنية يقوم بها البنك على حسابات العملاء بغض النظر عن كون تلك الحسابات لنفس الشخص أو لشخصين مختلفين، في نفس البنك أو في بنوك متعددة، أنظر في هذا الصدد:

فجاءت تعريفاتهم متقاربة لا تختلف إلا من حيث الصياغة، وفي هذا الصدد عرفه بعض الفقه[1] على أنه " عملية يقوم البنك بموجبها بناء على أمر صادر إليه من أحد عملائه بنقل مبلغ معين من حساب هذا الأخير إلى حساب آخر وذلك بأسلوب القيود الحسابية فقط"، بينما عرفه البعض الآخر[2] بأنه "إفراغ حساب شخص يسمى الآمر من مبلغ نقدي معين وقيد هذا المبلغ في الجانب الدائن لحساب آخر قد يكون باسم الآمر نفسه أو باسم شخص آخر يسمى المستفيد".

وتجدر الإشارة إلى ضرورة عدم الخلط بين التحويل كتقنية بنكية وبين الأمر بالتحويل (virement)[3] والذي قامت بعض التشريعات بتنظيمه كأحد أهم الوسائل التي تمكن من إجراء عملية التحويل[4]، حيث يحقق الأمر بالتحويل انتقال المبالغ من شخص إلى آخر بواسطة قيود يجريها البنك على حسابات العملاء لديه بناءا على رغبتهم، وتعتبر

- سلمان بوذياب : النقل المصرفي، م، س، ص 42
وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن التحويل كما يمكن أن يقع على النقود فإنه لا مانع من أن يقع على مثليات أخرى كالأوراق المالية ومختلف أنواع السندات، وهو ما أكده المشرع المغربي في المادة 31 من القانون رقم 35.96 والمتعلق بإحداث وديع مركزي يراجع:
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 196
- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، م، س، ص 553
وعلى خلاف ذلك أنظر :
- محمد لفروجي : العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001 ص 279

(1) فائق محمود الشماع : الحساب المصرفي، م، س، ص 273
(2) علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م س، ص 191
(3) والتمييز بين التحويل والأمر بالتحويل يرجع في جذوره إلى النظرية التي أطلقها الفقيه هاميل، حيث ميز بين مختلف المراحل التي تمر فيها عملية التحويل، فوجد أنها تمر في ثلاثة مراحل، الأولى إصدار الأمر من طرف الزبون، والثانية تتم فيها العملية المحاسبية من خلال قيام البنك بإجراء قيود على الحسابات المعنية، أما المرحلة الثالثة فيتم فيها إيداع المبلغ في حساب باسم المستفيد بعد قبوله له، وقد اعتبر هاميل أن أهم مرحلة من المراحل السابقة هي المرحلة الثانية والتي يتم فيها إجراء القيود والتي يترتب عنها نفس الآثار المترتبة عن المناولة اليدوية للنقود، وقد جاءت هذه النظرية بعد أن كان الفقه يرى في التحويل أنه عقد يتم بالتراضي بين مختلف أطراف العلاقة، لأن الرصيد في حساب الزبون يشكل حقا له في مواجهة البنك، ولا يمكن تصور انتقال هذا الحق إلا من خلال عقد مستقل عن الحساب أو مكمل له، ومن ثم حاول الفقه إسناد التحويل إلى إحدى العقود الواردة في القانون المدني واعتبروا أن القيد الذي يجريه البنك على الحسابات ليس إلا ترتيبات شكلية، لكن الرأي الذي أطلقه هاميل أنشأ الأساس الذي قامت عليه النظرية الحديثة للتحويل والتي تقوم على فكرة النقود القيدية المتمثلة بالأرصدة المتيسرة معتبرة التحويل مجرد تقنية محاسبية يقوم فيها البنك بالقيد على الحسابات تنفيذا لعقد الحساب، أما الأمر الذي يصدر عن الزبون فهو مجرد وسيلة يستطيع الزبون أن يعبر من خلالها عن رغبته في إجراء التحويل، أنظر في عرض وشرح تلك النظرية :
- سلمان بوذياب : النقل المصرفي، م، س، ص 165
(4)- والأمر بالتحويل يعتبر من أهم وسائل الوفاء خصوصا في الميدان التجاري حيث يلاحظ مثلا أن المشرع المغربي أوجب على التجار الوفاء في إطار معاملاتهم التجارية إذا ما زاد المبلغ عن عشرة آلاف درهم بواسطة شيك مسطر أو بواسطة التحويل من حساب لأخر، أنظر المادة 306 من ظهير شريف رقم 1-96-83 الصادر في 15 من ربيع الأول 1417 الموافق فاتح أغسطس 1996 بتنفيذ القانون رقم 15-95 المتعلق بمدونة التجارة والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 3 أكتوبر 1996 صفحة 2187.

هذه العملية جزء من الخدمات التي يقدمها البنك على خزينة العميل، فكل زبون يمتلك حسابا لدى البنك يستطيع أن يوجه أمرا بالتحويل كلما أراد تحريك الحساب وإجراء التحويلات منه وإليه، وعليه يصبح من حقه إصدار أوامر التحويل إلى البنك الذي يلتزم بإجراء تلك العملية بالحدود والشروط المتفق عليها(1).

والغاية التي يسعى إليها العميل من توجيه أمر التحويل هي نقل الأموال من حساب إلى آخر، لهذا فإن نتيجة الأمر بالتحويل هي إجراء عملية التحويل، وبذلك يكون مفهوم الأمر بالتحويل متطابق تماما مع مفهوم التحويل كتقنية بنكية(2)، لكن الأمر بالتحويل ليس سوى وسيلة يمتلكها العميل لتوجيه أمر للبنك بتحريك الأموال بين الحسابات(3) إلى جانب وسائل أخرى مثل الشيك المعد للقيد في الحساب، وتسوية إحدى الكمبيالات الموطنة، بينما التحويل نفسه هو تقنية يختص البنك بإجرائها بالاستناد إلى ذلك الأمر.

ويمكن تفسير عدم تناول الفقه للتحويل كتقنية بنكية إلا من خلال دراسته للأمر بالتحويل في أن هذا الأخير يعتبر النموذج الأمثل الذي يتجسد فيه التحويل البنكي كتقنية، ومن خلال ما سبق يمكن استنتاج أن التحويل كما قد يقصد به أحد الخدمات التي يقوم البنك بتقديمها لعملائه، فإنه قد يقصد به كذلك ما يقوم به البنك من إجراءات لنقل مبلغ من النقود من حساب إلى آخر، وفي كلتا الحالتين فإن العملية تستهدف نقل الأموال من حساب إلى آخر(4).

---

(1) – سلمان بوذياب : النقل المصرفي، م س، ص 53

(2)– وقد عرف المشرع المغربي الأمر بالتحويل في المادة 519 من مدونة التجارة على أنه "... عملية بنكية يتم بمقتضاها إنقاص حساب المودع ، بناء على أمره الكتابي بقدر مبلغ معين يقيد في حساب آخر..."، أما المشرع الأردني فلم يقم بتنظيم الأمر بالتحويل لكن محكمة التمييز الأردنية قامت بتعريفه على أنه " نقل مبلغ نقدي معين من حساب شخص يسمى الآمر وبناء على طلبه وقيده في الجانب الدائن لحساب آخر يسمى المستفيد.."

– قرار تمييز حقوق رقم 2008/1547 والصادر بتاريخ 18/06/2008 منشور في الموسوعة القانونية، برنامج يحتوي على معظم القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية تم تصميمه بواسطة Source Int'l For Software Solution، نسخة مرخصة للجامعة الأردنية، وسيتم الإشارة إليها فيما بعد بالموسوعة القانونية الإلكترونية.

(3)– ويشترط في الأمر بالتحويل مجموعة من الشروط من بينها أن يقدم بشكل كتابي من طرف الزبون الآمر بالتحويل للبنك الذي يمسك حسابه، كما نصت عليه المادة 519 من مدونة التجارة، وبخصوص شروط التحويل أنظر :

– علي البارودي : القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000 ص 306

– سلمان بوذياب : النقل المصرفي، م، س، ص 81 وما بعد

– عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية م، س، ص 562 وما بعد

(4) – أنظر في التمييز بين التحويل والأمر بالتحويل:

– عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية، م، س، ص 530

كما يلاحظ أن التشريعات لم تتطرق إلى التحويل كتقنية بنكية إلا في إطار الحديث عن الأمر بالتحويل، كالتشريع المغربي الذي نظم التحويل في المواد من 519 إلى 523 من مدونة التجارة، وذلك في الباب الرابع من القسم السابع والمتعلق بالعقود البنكية، من الكتاب الرابع والذي ينظم العقود التجارية، مع أن الأمر لا يتعلق بأحد العقود التجارية، فالأمر بالتحويل ما هو إلا وسيلة للتعامل في الحساب وليس عقدا بحد ذاته، أنظر في ذلك :

– عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية، م، س، ص 532

و يتضح مما سبق أن معنى التحويل يختلف وفقا للسياق الذي أستخدم هذا اللفظ فيه، فهو بداية يعتبر إحدى التقنيات البنكية التي يختص البنك بإجرائها من خلال إجراء القيود في الحسابات وذلك دون النظر إلى السبب الذي يستند إليه البنك (شيك معد للقيد في الحساب، كمبيالة موطنة)، كما قد يعبر عن إحدى الوسائل التي يمتلكها العميل للتعامل في حسابه الذي يمسكه البنك (الأمر بالتحويل) والتي تقوم بوظيفة معينة وهي تحويل الأموال من حساب إلى آخر.

وعلى أي حال فإن التحويل بشكل عام يستهدف نقل الأموال، ويستلزم إجراؤه صدور أمر من طرف الزبون إلى البنك الذي يمسك حسابه، وهو بذلك يرتبط ارتباطا وثيقا بوسائل الأداء التي تضعها البنوك رهن إشارة زبائنها والتي يقوم الزبون باستخدامها لإصدار ذلك الأمر، سواء جاء هذا الأمر على شكل أمر بسيط بالتحويل، أو من خلال استخدام أي أداة أخرى يضعها البنك رهن إشارة عميله يخطره بواسطتها بنيته إجراء عملية التحويل، وقد أدى اعتماد البنوك المتزايد على الحاسب الآلي وما تفرزه تكنولوجيا المعلومات والاتصالات إلى ظهور جيل جديد من وسائل الأداء والتي تستخدم كأداة تمكن العملاء من الوصول إلى حساباتهم وتحريك أموالهم عن بعد، فظهر ما يعرف بالتحويل البنكي الإلكتروني، فما هو المقصود به؟

الفقرة الثانية : مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني

إن أهمية تحديد مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني تتجلى في معرفة العمليات التي تدخل ضمن نطاق هذا المفهوم وحصرها حتى تتضح الصورة أكثر بخصوصه، ويقتضي تناولنا لمفهوم التحويل البنكي الإلكتروني التعرض لموقف التشريعات في بداية الأمر (أولا) وذلك قبل التطرق للمواقف الفقهية بخصوصه(ثانيا).

أولا: موقف التشريعات

لم يقم المشرع المغربي بتنظيم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بشكل مستقل عن العمليات البنكية المختلفة[1]، وهو بالتالي لم يقم بوضع تعريف مباشر لهذه العمليات، على خلاف ما هو عليه الأمر في العديد من التشريعات المقارنة، التي قام بعضها بتنظيم هذه العمليات وحاول وضع تعريف لها، بينما قامت أخرى بتنظيمها دون أن تضع لها تعريفا وإنما حددت نطاقها من خلال النص على الحالات التي تدخل ضمن مفهومها واستبعاد

– محيي الدين إسماعيل علم الدين : موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، مطابع الطناني، القاهرة، 1987 ، ص 226

(1) – تجدر الإشارة إلى أن نقل الأموال بشكل عام ليس حكرا على البنوك، فهناك العديد من المؤسسات التي تقوم بعمليات تقترب من العمليات التي تقوم بها البنوك، كمؤسسات البريد أو المؤسسات المالية الأخرى والتي خولت لها التشريعات ممارسة بعض الوظائف التي تشابه عمليات البنوك، لهذا فالتحويل الإلكتروني قد يكون بنكيا وقد لا يكون كذلك، ونحن في إطار دراستنا هذه نتناول التحويل البنكي والذي يقوم به البنك داخل إطار عملياته الأصلية من قبول الودائع ومنح الإئتمان ووضع وسائل الأداء رهن إشارة عملائه.

الحالات التي لا تدخل ضمنه، وأخيرا هناك من التشريعات من نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني دون أن تطلق عليها هذه التسمية مكتفية بذكر بعض العمليات التي تعتبر من قبيلها.

فقانون التحويل الإلكتروني الأمريكي (Electronic Fund Transfer) لعام 1978 والذي يعتبر من بين أولى القوانين التي نظمت هذه العمليات، عرف التحويل الإلكتروني من خلال ما جاء في المادة 906 على أنه " أي نقل للأموال (بخلاف الذي ينشأ باستخدام الشيكات، أو الكمبيالات أو أي وسيلة ورقية مشابهة) يشرع به من خلال وحدة إلكترونية، أو أداة هاتفية، أو حاسب آلي أو أشرطة مغناطيسية، لأجل توجيه أمر أو تعليمات، أو الإذن للمؤسسة المالية من أجل الإيداع أو السحب من الحساب"، وقد أضافت نفس المادة بأن مصطلح التحويل الإلكتروني يشمل على سبيل المثال لا الحصر،التحويلات التي تتم عند نقاط البيع، والعمليات التي تتم بواسطة جهاز الصراف الآلي، والإيداع والسحب المباشر للأموال في الحساب، والتحويلات التي تتم من خلال استخدام الهاتف.

وقد نحا المشرع الأردني بدوره في نفس التوجه السابق، فبعد أن خول للبنك المركزي وضع تنظيم قانوني لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني بمقتضى المادة 29 من قانون المعاملات الإلكترونية[1]، قام البنك المركزي بالنص في المادة الثانية من التعليمات الصادرة عنه بهذا الخصوص[2] على أن التحويل الإلكتروني للأموال يتم إنشاءه بوسيلة إلكترونية مثل البطاقات البنكية أو الهاتف أو الإنترنت، بهدف إصدار أمر للبنك الذي يمسك حساب العميل لإجراء قيد على هذا الحساب، وبذلك يكون مفهوم التحويل الإلكتروني للأموال في التشريع الأردني مطابقا لما وضعه المشرع الأمريكي في المادة التي سبق ذكرها.

(1)- قانون مؤقت رقم 85 سنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 4524 الصادرة بتاريخ 31-12-2001 صفحة 6010

- وقد نصت المادة 29 من قانون المعاملات الإلكترونية على أنه " يصدر البنك المركزي التعليمات اللازمة لتنظيم أعمال التحويل الالكتروني للأموال بما في ذلك اعتماد وسائل الدفع الالكتروني واعتماد القيد الناتج عن تحويل غير مشروع وإجراءات تصحيح الأخطاء والإفصاح عن المعلومات وأي أمور أخرى تتعلق بالأعمال المصرفية الالكترونية بما في ذلك المعلومات التي تلتزم المؤسسات المالية بتزويده بها " ،كما نصت المادة 26 من نفس القانون على ضرورة تقيد البنوك بما يصدره البنك المركزي من تعليمات بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني للأموال.

(2)- تعليمات أعمال التحويل الإلكتروني للأموال والصادرة عن البنك المركزي الأردني تحت رقم (2004/20) بتاريخ 2004/09/13

- وقد نصت المادة 2 من تلك التعليمات على أنه " أ- تسري أحكام هذه التعليمات على أي أمر تحويل إلكتروني للأموال يتم إنشاؤه بوسيلة إلكترونية يفوض العميل بموجبه البنك بإجراء تحويل إلكتروني أو القيد على حسابه. وتشمل الوسائل الإلكترونية أي وسيلة إلكترونية يتم الإتفاق بين العميل والبنك على استعمالها بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، ما يلي، وحدات التحويل الإلكترونية، الإيداع والسحب المباشر للأموال من خلال وحدات الصراف الآلي (ATM)، التحويل المنشأ عن طريق الهاتف، التحويلات التي تنشأ عن حركات بطاقات الائتمان، التحويلات التي تنشأ بواسطة الإنترنت."

وما يلاحظ بداية أن مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني وفقا للنصوص السابقة يشتمل وجوبا على عنصرين أساسين، الأول هو ضرورة استخدام العميل لإحدى الوسائل الإلكترونية الحديثة لكي يصدر أمرا معين للبنك الذي يمسك حسابه، ثم أن تكون الغاية من هذا الأمر إلى إجراء حركة في ذلك الحساب بغض النظر عن مضمون الحركة، أي سواء كانت لسحب أو إيداع الأموال في الحساب، أو بهدف نقل الأموال من هذا الحساب إلى حساب آخر، ولا شك أن التحويل في هذه الحالة يتخذ معنى أوسع مما يتخذه وفقا لمفهومه التقليدي من الناحية الوظيفية أو باعتباره التقنية التي يستخدمها البنك.

فلا يقتصر معنى التحويل البنكي الإلكتروني إذن على قيام البنك بنقل الأموال من حساب إلى آخر، أي بتسجيل القيد مرتين، مرة على حساب الزبون ومرة على حساب المستفيد كما في التحويل العادي، بل يتعدى الأمر ذلك ليصبح مفهومه شاملا لأي عملية تؤدي إلى التأثير على الذمة المالية للعميل في مواجهة البنك(1)، بأن يقوم هذا الأخير بإجراء قيد على أحد جانبي حساب الزبون الآمر فقط، لهذا فحتى نكون أمام تحويل إلكتروني بحسب المعنى المقصود في التشريعات السابقة يجب استخدام وسيلة الكترونية للقيام بأي عملية يكون لها أثر على الذمة المالية للزبون صاحب الحساب سلبا أو إيجابا(2).

وبالإضافة إلى التشريعات السابق ذكرها قام المشرع الفرنسي بدوره بتنظيم عمليات التحويل الإلكتروني، لكن ما يلاحظ أن تنظيمه لها جاء بشكل مختلف عما قامت به التشريعات السابقة، فبعد تعداده لعمليات البنوك والتي أضاف إليها ما سماه خدمات الدفع البنكية إلى جانب قبول الودائع ومنح الائتمان في المادة (L311-1) من قانون النقد والمالية(3)، اعتبر المشرع الفرنسي في المادة (L311-3) أن تقديم خدمات الدفع تلك لا تشكل عملية بنكية مستقلة بحد ذاتها، إنما تعتبر جزء من العمليات التي يقوم فيها البنك

(1)- فاستخدام بعض وسائل التحويل البنكي الإلكتروني التي نص عليها كل من المشرعين الأمريكي والأردني، كالبطاقات البنكية في أجهزة الصراف الآلي (ATM)، لا يؤدي إلا لإجراء قيد في حساب الزبون فقط، فلا يوجد طرف ثالث في مثل هذه العملية فالعلاقة تقتصر على البنك والزبون، ووفقا لذلك فإن مثل هذه العمليات تدخل في مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني.

(2)-لكن هناك تشريعات أخرى قامت بالتوسيع أكثر من نطاق مفهوم التحويل الإلكتروني للأموال ليشمل جميع الحالات التي يتم بواسطتها استخدام أداة التحويل، حتى ولم يؤدي ذلك إلى أي أثر على الذمة المالية للزبون، كما في حالة استخدام أداة التحويل لمجرد الإطلاع على الحساب، وهو التوجه الذي انتهجه كل من التشريعين التونسي والبلجيكي والذي بلا شك يعد أكثر حماية للزبون نظرا لأن المخاطر يمكن أن تحيط بأي نشاط يمارسه الزبون باستخدام أدوات التحويل الإلكتروني للأموال، وقد نظم المشرع التونسي التحويل الإلكتروني للأموال بشكل عام وليس فقط عمليات التحويل الإلكتروني للأموال التي تقوم بها البنوك وحسب وذلك في القانون رقم 51 لسنة 2005 والصادر في 27-07- 2005، وقد نص في الفصل الأول منه على أنه " لتطبيق هذا القانون يقصد بأداة التحويل الإلكتروني للأموال كل وسيلة تمكن من القيام إلكترونيا بصفة كلية أو جزئية بإحدى العمليات التالية : - تحويل المبالغ المالية، سحب الأموال وإيداعها، النفاذ إلى الحساب..."، أما القانون البلجيكي فقد نظم عمليات التحويل الإلكتروني للأموال في القانون الصادر عام 2002 وقد جاء نص المادة الأولى منه مشابه تماما لما جاء في نص المادة الأولى من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي.

(3)- Le code monétaire et financier regroupe les dispositions de nature législatives et réglementaires relatives à la monnaie et au système monétaire français

بإنشاء وإدارة مختلف وسائل الأداء التي يضعها رهن إشارة عملائه، وذلك على خلاف ما فعله المشرع المغربي الذي أدرج العمليات التي يقوم فيها البنك بوضع مختلف وسائل الأداء رهن إشارة عملائه وإدارتها إلى جانب عملياته الرئيسية من قبول الودائع ومنح الإئتمان[1].

والتوجه الذي اتخذه المشرع المغربي باعتبار عمليات وضع مختلف وسائل الأداء رهن إشارة العملاء ضمن أعمال البنوك الرئيسية يشابه ما كان يذهب إليه القانون الفرنسي القديم[2] والذي تم تعديله وحذف هذا النص منه نظرا لأنه يعتبر أمرا زائدا لا ضرورة له، فالبنك الذي يقبل الودائع ويمنح الإئتمان للجمهور ملزم بتقديم الخدمات التي تتوافق مع طبيعة أعماله ومن بينها وضع وسائل الأداء التي تمكن العملاء من التعامل بحساباتهم المفتوحة لدى البنك، وهذه الوسائل تسمح للعملاء بإجراء عمليات تتدرج بحسب طبيعتها ضمن ما يطلق عليه خدمات الخزينة، لكن التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا الصدد هو لماذا أضاف المشرع الفرنسي خدمات الدفع إلى جانب العمليات البنكية، وما الفرق بينها وبين عمليات إنشاء وإدارة وسائل الأداء ؟

في الحقيقة إن الإجابة عن الشق الأول من التساؤل السابق يمكن استنتاجها من خلال الإطلاع على التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع الفرنسي لخدمات الدفع البنكية في المواد (L314-1) [3] وما بعدها من قانون النقد والمالية، فالعمليات التي تقوم البنوك بإجرائها على الأموال مختلفة ومتعددة من عدة جوانب، ومنها ما يقوم به البنك بناءا على أوامر عملائه ومنها من يقوم به بناءا على أمر شخص لا يكتسب صفة عميل للبنك في حالة عدم ضرورة توفر حساب بنكي، لهذا السبب اعتبر المشرع الفرنسي أن عمليات الدفع البنكية المختلفة تلك هي التي تمثل عملية مستقلة بحد ذاتها تقوم إلى جانب عمليات البنوك الرئيسية من قبول الودائع ومنح الإئتمان، بينما تمثل عمليات وضع وسائل الأداء

(1)- وذلك في المادة الأولى من القانون رقم 34.03 و المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها التي جاء فيها " " تعتبر مؤسسات الائتمان الأشخاص المعنوية التي تزاول نشاطها في المغرب، أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأسمالها أو مخصصاتها أو جنسية مسيريها، والتي تحترف بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية :- تلقي الأموال من الجمهور،- عمليات الائتمان، -وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بإدارتها."

- القانون رقم 34.03 والمتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها الصادر بمقتضى ظهير شريف رقم 1.05.178 بتاريخ 15 محرم 1427 الموافق 14 فبراير 2006 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006 صفحة رقم 534

(2)- القانون الفرنسي القديم الصادر بتاريخ 24 يناير 1984 والمتعلق بالأنشطة البنكية والرقابة على مؤسسات الائتمان

(3)- وقد نص المشرع الفرنسي على العمليات التي تعتبر من قبيل خدمات الدفع في الفقرة الثانية من المادة (L314-1) ، واهم تلك الخدمات، السحب والإيداع النقدي في حساب الدفع، وكذلك العمليات التي تتم باستخدام البطاقات البنكية أو أي وسيلة أخرى مشابهة، وعمليات التحويل بين الحسابات وأوامره الدائمة، وخدمات الحوالات النقدية، بالإضافة إلى جميع العمليات التي يتم فيها إصدار الأمر من خلال أحد الأجهزة الإلكترونية أو الرقمية الحديثة.

وإدارتها جزءا من عمليات البنك الرئيسية، غير أن هذه الإستقلالية تبقى مسألة نسبية إذا ما علمنا أن معظم هذه الخدمات تقدم على حساب العميل المفتوح لدى البنك.

أما بالنسبة للشق الثاني من التساؤل فإنه يمكن القول بعد الإطلاع على مختلف النصوص القانونية المنظمة لخدمات الدفع البنكية ومختلف وسائل الأداء أن الغاية التي سعى إليها المشرع الفرنسي في تمييزه بين عمليات تقديم خدمات الدفع ووضع وسائل الأداء هي إنشاء حد يفصل بين التنظيم القانوني للعمليات التي تدخل ضمن نطاق خدمات الدفع وبين مختلف وسائل الأداء الأخرى التي يضعها البنك رهن إشارة عملائه والتي تتوفر على تنظيم قانوني مستقل كالشيكات على سبيل المثال، حتى يتم استثناء هذه الأخيرة من نطاق التنظيم القانوني لخدمات الدفع البنكية، فهي تعتبر مبدئيا من قبيل وسائل الأداء التي تضعها البنوك رهن إشارة عملائها، لكن تمييزها عن بقية وسائل الأداء يقتضي حصر نطاقها ضمن نصوص قانونية خاصة.

لذلك نجد أن المشرع الفرنسي نحى في نفس توجه التشريعات التي نظمت عمليات التحويل الإلكتروني للأموال وقام بتنظيم وسائل الأداء الحديثة جميعها داخل نفس الإطار القانوني، بعد أن كان يقتصر على تنظيم بطاقات الأداء البنكية فقط[1]،ضمن ما سماه وسائل الأداء الأخرى في المواد (L133-1) وما بعدها من قانون النقد والمالية، على أن مختلف وسائل الأداء سواء تلك التي تنضوي تحت ما يسمى بوسائل الأداء الأخرى أو غيرها من وسائل الأداء التقليدية تقوم بوظيفة واحدة وهي تحويل الأموال بحسب ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة (L133-3) من قانون النقد والمالية[2]، وهو نفس ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 6 من القانون رقم 34.03[3] عند تفسيره للمقصود بوسائل الأداء التي يقوم البنك بوضعها رهن إشارة عملائه والواردة في المادة الأولى من نفس القانون، مما يطرح التساؤل حول المقصود بالتحويل في هذا المقام؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لا بد من الإشارة إلى أن المقتضيات الواردة في المادة 6 من القانون رقم 34.03 مأخوذة عما ورد في المادة 4 من القانون الفرنسي القديم الصادر بتاريخ 24 يناير 1984 والمتعلق بالأنشطة البنكية والرقابة على مؤسسات الائتمان، وقد رأى البعض [4] بخصوص هذه المادة أن المشرع الفرنسي كان يهدف من إدراجها تعداد وسائل الوفاء الحديثة وبالخصوص البطاقات البنكية، ومن ثم استنتج أن التحويل المقصود

---

(1)- وذلك من خلال المرسوم رقم 866-2009 والصادر بتاريخ 15 يوليو 2009 بشأن الشروط التي تحكم تقديم خدمات الدفع وإنشاء مؤسسات الدفع، والمعدل لقانون النقد والمالية والمضاف إليه بتاريخ 1 نوفمبر 2009.

(2)-Art L133-3 : "Sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments qui permettent à toute personne de transférer des fonds, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé.."

(3)- والتي تنص على أنه (تعتبر وسائل الأداء جميع الأدوات التي تمكن أي شخص من تحويل أموال كيفما كانت الوسيلة أو الطريقة التقنية المستعملة لذلك)

(4)- فايز نعيم رضوان :بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء، المنصورة ، 1990 ، ص 48.

في المادة السابقة هو التحويل كتقنية بنكية، أي القيد الذي يجريه البنك في حسابات كل من الزبون الذي يستخدم البطاقة والتاجر الذي يقبل التعامل بها.

ومع احترامنا للرأي السابق فإن تفسيره لوسائل الأداء بكونها الوسائل الحديثة فقط يصطدم بواقع أن وسائل الأداء التي تضعها البنوك رهن إشارة زبائنها لا تقتصر على وسائل الأداء الحديثة، كما أن وظيفتها لا تنحصر إطلاقا في التحويل بين الحسابات، فالشيكات على سبيل المثال تعتبر من أهم تلك الوسائل، وما لا شك فيه أن التحويل -أي قيدها في الحساب- لا يتم فيها إلا استثناءا[1]، فهي مستحقة الأداء نقدا بمجرد إطلاع البنك عليها، ووسائل الأداء كما يدل على ذلك اسمها تضعها البنوك رهن إشارة عملائها ليقوموا بأداء التزاماتهم بواسطتها، فيعمل البنك على تنفيذ الأوامر الصادرة من زبونه لصالح الشخص المستفيد من عملية الأداء، بحيث إن هذا الأداء يكون كقاعدة نقديا وفوريا ولا يتم ذلك من خلال القيد في حساب الشخص المستفيد إلا استثناءا.

وبالتالي فإنه من الصعب حصر تفسير "وسائل الأداء" الواردة في المادة 4 من القانون البنكي الفرنسي والتي تماثل ما جاء في المادة 6 من قانون رقم 34.03 على وسائل الأداء الحديثة وحسب، حيث إن هذا المفهوم يشمل جميع وسائل الأداء التي يقوم البنك بإصدارها، التقليدية منها والحديثة بمختلف أشكالها وأنواعها [2]، فكل من المشرعين

---

(1)- يستعمل الشيك المعد للقيد في الحساب لتجنب مخاطر الضياع والسرقة، ويفترض وجود حساب للحامل لدى البنك المسحوب عليه، ويمنع الوفاء بقيمته نقدا وإنما يتم الوفاء فيه بواسطة قيده في الحساب، سواء عن طريق التحويل من حساب الساحب إلى حساب المستفيد أو المقاصة بين الحسابين، ويصبح الشيك معدا للقيد في الحساب إذا ما أضيفت لبياناته عبارة للقيد في الحساب أو عبارة أخرى تفيد هذا المعنى، وقيد الشيك في الحساب يعد بمثابة وفاء له، فإذا خالف البنك المسحوب عليه بيانات الشيك وقام بالوفاء نقدا كان مسؤولا عن تعويض الضرر بما لا يتجاوز قيمة الشيك، ولم يقم المشرع المغربي بتنظيم مثل هذا النوع من الشيكات، بينما قام المشرع الأردني بتنظيمه في المواد 258 و 259 من القانون التجاري، للتوسع أكثر في الشيك المعد للقيد في الحساب يراجع :

- محمد الشافعي : الأوراق التجارية، سلسلة البحوث القانونية 2 ، المطبعة والوراقة القانونية، مراكش، 2002 ص 296
- أكرم ياملكي : الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة، عمان، 2009 ص 266

(2)- لكن هذا لا يعني أن جميع وسائل الأداء تلك متشابهة، فهي مختلفة من حيث الشكل والشروط والتنظيم القانوني وكذلك الحماية التي أحاطها بها المشرع، فإذا ما حاولنا المقارنة على سبيل المثال بين كل من الشيك والبطاقة البنكية، فعلى الرغم من أن كلاهما يقوم بوظيفة المبادلة بصفته وسيلة أداء تقوم على علاقة بين ثلاثة أطراف، مع ذلك فإن النظامين يختلفان تماما من عدة نواحي هامة تميز بينهما ، فمن ناحية أولى ينتقل الشيك عن طريق التظهير أما البطاقة البنكية فليست كذلك، ومن ناحية ثانية فإن هناك اختلاف بين الشيك وبين البطاقة البنكية كوسيلتين للوفاء فالمستفيد من الشيك لم يقبله قبولا نهائيا بوصفة سداد نهائيا للدين، بل يبقى الدين الأصلي قائما بكل ماله من ضمانات إلى أن تصرف قيمة الشيك، أما البطاقة البنكية فتنشأ علاقة تعاقدية مباشرة بين البنك مصدرها والتاجر، يلتزم بمقتضاها البنك بسداد قيمة المشتريات الخاصة بحامل البطاقة البنكية، فهي تمثل وفاء نهائي وليس مشروط، ومن ناحية ثالثة فإن البطاقة البنكية يستعملها حاملها عدة مرات كما يشاء خلال فترة سريان مفعولها وعادة ما تكون هذه الفترة سنة قابلة للتجديد أما الشيك فإنه يستعمل مرة واحدة فقط ينتهي بعدها ويكون محدد الوفاء بمبلغ معين من النقود مذكور فيه .

- فايز نعيم رضوان : بطاقة الوفاء، م، س، ص 240

المغربي والفرنسي لم يأخذا بعين الاعتبار الوسيلة أو الطريقة التقنية المستخدمة في وسائل الأداء تلك.

ومن ناحية أخرى فإن تحويل الأموال من حساب إلى آخر لا يعتبر الوظيفة الأساسية لجميع وسائل الأداء كما سبق وقلنا، وبالتالي فإنه لا يمكن القول كذلك أن مفهوم التحويل في هذا النطاق يقصد به التحويل كتقنية أي نقل النقود من حساب إلى آخر عن طريق القيد فيها فقط(1)، بل يتسع هذا المفهوم ليشمل جميع الحالات التي تستخدم فيها وسائل الأداء لإجراء عملية على حساب الزبون، بصرف النظر عن كونها عملية تحويل من حساب آخر، أو عملية سحب أو إيداع أموال في الحساب.

فالمشرع الفرنسي الذي اعتبر أن وظيفة وسائل الأداء التي يضعها البنك رهن إشارة عملائه هي تحويل الأموال على غرار ما فعل نظيره المغربي، قام بوضع تنظيم قانوني لمختلف وسائل الأداء ونص في الفقرة الأولى من المادة (L133-3) على أن عمليات الأداء تشمل كل عملية تؤدي إلى سحب أو إيداع أو نقل الأموال، وبذلك فإن مفهوم تحويل الأموال والذي يعد الوظيفة التي تقوم بها وسائل الأداء لا يشمل فقط تحويل الأموال من حساب إلى آخر أو التحويل كتقنية بنكية، بل يشمل كذلك عمليات الإيداع والسحب التي تتم باستخدام وسائل الأداء، وهو بذلك يتماثل مع التعريف الذي وضعته التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.

وما يمكن أن يؤيد هذه النتيجة الأخيرة القول أن المشرع الفرنسي استخدم مصطلحين مختلفين للتمييز بين عملية التحويل بين الحسابات (virement)، وعمليات التحويل التي تقوم بها وسائل الأداء التي تضعها البنوك رهن إشارة زبائنها (transfér des fonds) والتي يقصد بها أساسا نقل الأموال من مكان إلى آخر، أي أن وظائف وسائل الأداء تلك نقل الأموال من وإلى الحساب بغض النظر عما إذا كانت وجهة أو مصدر تلك الأموال حساب آخر أم لا، بل المهم في هذا الإطار أن يتم استخدام وسيلة الأداء لإصدار الأمر للبنك(2).

– علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، م، س، ص 43

(1)– وفي نفس المعنى أنظر :

- Martin (D-R): La carte de payement et la loi, Rev Dalloz 1992 p. 280
- Trinquet (R): Payement par carte, aspects juridiques, Rev. Bancatique 1984.P165.
- Jude (J-M): Le règlement par carte bancaire et par chèque : unité ou dualité?, Rev.Dalloz, 2003 p. 2675

(2) – ويلاحظ في هذا الصدد أن بعض الفقه الفرنسي يضع معيارا للتمييز بين التحويل بمعنى النقل بين الحسابات (virement)، ونقل الأموال (Transfer de fnods)، فوجه الاختلاف بينهما في أن الأول هو آلية تستخدمها البنوك لنقل ليس فقط الأموال بل كذلك كل ما يمكن أن يكون عنصرا في الحساب، وكذلك الأوراق المالية والسندات المختلفة، فنقل الأموال ما هو إلا جزء من المفهوم العام للتحويل حسب هذا الفقه.

- Régine (B) : Virement, Répertoire de droit commercial, Ed Dalloz 2010,n1,p1

أما بالنسبة للتشريع المغربي فإذا ما اعتبرنا أن مفهوم التحويل المنصوص عليه في المادة 6 من القانون رقم 34.03 والمتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها يقصد به أي عملية تؤدي إلى إنشاء قيد على حساب الزبون كما سبق وقلنا، فإن ذلك يعني أن المشرع المغربي أدخل في مفهوم التحويل الإلكتروني للأموال جميع الحالات التي يتم بواسطتها استخدام وسائل إلكترونية بشكل يؤدي إلى التأثير على الذمة المالية للزبون بما يتشابه مع ما ذهبت إليه التشريعات السابقة، لأن المشرع المغربي اعتبر أن وسائل الأداء هي جميع الأدوات التي تمكن أي شخص من تحويل الأموال كيفما كانت الطريقة أو الخطة التقنية المستعملة، وأن استخدام وسيلة إلكترونية لإصدار أمر للبنك يجعل من العملية عملية تحويل إلكتروني.

لكن يثار الإشكال في هذا الصدد حول مدى ارتباط المادة 6 من قانون رقم 34.03 بالمواد 329 وما بعدها من مدونة التجارة والتي نظمت بطاقات الأداء البنكية(1)، حيث يلاحظ أن المادة 6 السابقة الذكر ما هي إلا نقل حرفي للمادة 329 بل إن هذه الأخير لا تزال تحيل على المادة الرابعة من القانون البنكي القديم والتي تقابلها المادة 6 في القانون الجديد، الشيء الذي يدفع إلى التساؤل هل هذا الارتباط يعني أن المشرع المغربي قصد بوسائل الأداء الواردة في المادة 6 نفس تلك الواردة بالمواد 329 وما بعد والتي تفسر المقصود بوسائل الأداء الواردة في المادة الأولى من قانون رقم 34.03؟(2)

(1)- وقد نصت المادة 329 من مدونة التجارة المغربية على أنه " تعتبر وسيلة أداء ، وفق مقتضيات المادة الرابعة من الظهير الشريف رقم 147-93-1 بتاريخ 15 من محرم 1414 (6 يوليو 1993) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها كل وسيلة تمكن كل شخص من تحويل أموال كيفما كانت الطريقة أو الخطة التقنية المستعملة لذلك ".

ويرى البعض بخصوص هذه المادة والمواد التي تليها بأنها لا تقتصر على تنظيم العمل بالبطاقات البنكية وحسب، وإنما جاء بها المشرع لتنظيم جميع وسائل الوفاء الحديثة، والحقيقة أنه على الرغم من عدم نص المشرع المغربي صراحة على أن هذه المواد تنظم البطاقات البنكية فإنه يمكن استنتاج ذلك من خلال الإطلاع على نص الفقرة الثانية من المادة 329 والتي جاءت كالتالي " تحدد الاتفاقات بين المؤسسة المصدرة وصاحب وسيلة الأداء من جهة وبين المؤسسة المصدرة والتاجر المنخرط من جهة أخرى ، شروط وكيفية استعمال وسائل الأداء ؛ غير أنه يجب أن تحترم هذه الاتفاقات قواعد النظام العام المبينة بعده"، أي أن المشرع المغربي يتحدث هنا بالخصوص عن بطاقات الأداء، فهي التي تتميز بوجود علاقة ثلاثية الأطراف تجمع بين البنك والتاجر، والبنك والزبون، وكذلك التاجر والزبون، أنظر:

- ابراهيم وليد عودة : النظام القانوني للبطاقات البنكية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الدراسية 2006-2007 ص 10
- محمد الشافعي : بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2002 ص33
- ضياء نعمان : المسؤولية المدنية الناشئة عن نظام الأداء بواسطة البطاقات البنكية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة القانون المدني، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2009- 2010 ص 86

(2)- أما بخصوص التشريع الأردني فإن مثل هذا الإشكال غير مطروح فيه نظرا لعدم قيام المشرع بتنظيم التحويل (virement)، ثم استخدامه لعبارات عامة في تعداده للعمليات التي تقوم البنوك بممارستها، فسمح على سبيل المثال في المادة 3/37 من قانون البنوك لهذه الأخيرة بأن تقوم بجميع خدمات الدفع والتحصيل، أي خدمات

إن اعتبار المقصود بوسائل الأداء الواردة في المادة 329 هي نفس الوسائل الواردة في المادة 6 يؤدي إلى القول أن المشرع المغربي لم ينظم من جميع وسائل الأداء التي تقوم البنوك بوضعها رهن إشارة زبائنها إلا بطاقات الأداء البنكية، وهو ما يجعلنا نفترض أن المقصود بالتحويل الوارد في المادة 6 هو التحويل كتقنية بنكية، الذي يقتضي قيام البنك بقيد المبلغ في حسابين بالضرورة، ذلك أن استخدام البطاقات البنكية في الأداء للتجار ينتج عنه إصدار أمر للبنك باقتطاع المبالغ التي تمثل ثمن السلع والخدمات التي تحصل عليها الزبون من التاجر وقيد تلك المبالغ في حساب التاجر، مما يخرج من نطاقه جميع الحالات التي يتم فيها استخدام الوسائل الإلكترونية لغايات أخرى غير التحويل بالمعنى السابق، لهذا فإن على المشرع المغربي إعادة النظر في جميع المواد السابقة لتحقيق الانسجام بينها، والقيام بتحيين مدونة التجارة وتعديل نصوصها بما يتوافق مع ما استجد من قوانين.

وعلى أي حال فإن ما يمكن إستنتاجه من مختلف النصوص القانونية سواء في التشريعات التي نظمت عمليات التحويل أو تلك التي لم تنظمها أن للمفهوم الذي يتخذه التحويل في شكله الإلكتروني معنى أوسع من ذلك الذي يتخذه في شكله التقليدي فهو يشمل جميع العمليات التي تؤدي إلى التأثير على ذمة العميل المالية من خلال إستعمال أداة إلكترونية وضعها البنك تحت تصرفه، فما هو موقف الفقه؟

ثانيا : موقف الفقه

لقد تعددت توجهات الفقه بخصوص مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني وإختلفت الآراء بشأنه، وأدى هذا التعدد إلى وجود خلاف حول طبيعة التحويل نفسه، فقد اعتبره البعض عقدا[1]، وقام بتعريفه بناءا على ذلك على أنه "عقد يتم تنفيذه كليا أو جزئيا باستخدام وسيلة إلكترونية يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ من النقود إلى المستفيد"، أي أن التحويل البنكي الإلكتروني هو عقد كبقية العقود، ولا يختلف عنها إلا في أسلوب تنفيذه.

وما يؤخذ على هذا التوجه أن اعتبار التحويل البنكي الإلكتروني عقدا من العقود يعني ضرورة توافر الأركان العامة للتعاقد في كل عملية يجريها الزبون من رضا وأهلية ومحل وسبب، والحقيقة أن مثل هذا التوجه يشكل عودة إلى الأفكار التقليدية التي لا تميز

الخزينة والتي تشمل استخدام جميع وسائل الأداء والتحويل، ثم أضاف في الفقرة الموالية أن للبنوك إصدار جميع أدوات الدفع بما في ذلك السحوبات البنكية وبطاقات الدفع والائتمان والشيكات السياحية وإدارتها، دون أن يشير إلى الكيفية التي يتم بواسطتها الدفع باستخدام تلك الأدوات.

– قانون البنوك الأردني قانون رقم 28 لسنة 2000 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4448 الصادرة بتاريخ 2000/8/1 صفحة 2950

(1)– محمد عمر ذوابة : عقد التحويل المصرفي الإلكتروني ، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2006 ص 18 وما بعد

بين التحويل نفسه وأمر التحويل[1]، فالتحويل هو تقنية يختص البنك بالقيام بها بناءا على الأمر الصادر من طرف زبونه، وهذا الأمر قد يأتي في عدة أشكال، فقد يسمح البنك لعميله بإصدار بعض أوامر التحويل دون الحاجة إلى إبرام عقد خاص بخصوصها، لأنه بمجرد قيام البنك بفتح حساب للزبون يلتزم بحد أدنى من الخدمات يقدمها له من بينها بعض خدمات الخزينة[2].

لكن في المقابل قد يتطلب إصدار بعض أوامر التحويل الأخرى إبرام عقد خاص بين الطرفين ينظم العلاقة بينهما ولتحديد شروط وحالات وكيفية إصدار تلك الأوامر وتنفيذها، إلا أن ذلك لا يجعل من العملية بحد ذاتها عقدا، فالعقد يتم إبرامه لتنظيم العلاقة بين الطرفين بشكل يسبق إجراء عمليات التحويل لهذا نجد أن بعض الفقه[3] لا يرى في التحويل البنكي الإلكتروني سوى مجموعة من الإجراءات التقنية والمحددة يقوم بها كل من البنك والزبون، وتهدف إلى نقل الأموال من وإلى الحساب الذي يملكه الزبون[4].

---

(1)- كان الفقه في مرحلة سابقة يرى في التحويل الذي يقوم به البنك بناءا على أمر الزبون عقدا ينبغي أن تتوافر فيه الأركان العامة للتعاقد، إلا أن للنظرية التي أطلقها هاميل كان لها أثر في تغيير هذه النظرة وأصبح ينظر إلى التحويل كتقنية يقوم بها البنك وتتألف من مجموعة مراحل، تتمثل الأولى في الأمر الذي يصدر عن الزبون، وهذه المرحلة هي التي يتطلب فيها بعض الشروط من رضا وأهلية ومحل وسبب، ومع ذلك فإن هناك بعض الفقه ما يجادل في ضرورة تطلب مثل هذه الشروط في أمر التحويل على اعتبار أن الزبون الذي يمتلك حسابا يكتسب حقا في مواجهته للاستفادة من الخدمات المسماة بخدمات الخزينة أو الصندوق، وللتوسع أكثر في ذلك يراجع :

- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، م ، س ، ص545 وما بعدها
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م ، س ، ص 197 وما بعدها
- سلمان بونذياب : النقل المصرفي، م، س، ص 145 وما بعدها
- علي البارودي ومحمد فريد : القانون التجاري، م، س، ص 309 وما بعدها

(2)- يميز بعض الفقه بين العمليات البنكية والخدمات البنكية ، فالعمليات البنكية هي الأنشطة الأصلية للبنوك من قبول الودائع ومنح الائتمان أما الخدمات البنكية فهي التي يقوم بها البنك بصفته وكيلا عن عملائه، وتشكل خدمات الخزينة أحد أهم الخدمات البنكية وهي تنقسم إلى فرعين، خدمات الوفاء وخدمات التحصيل، أنظر في ذلك :

- حسن حسني : عقود الخدمات المصرفية، م، س، ص 42
- رضا عبيد : القانون التجاري، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1986 ص 726
- علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 716
- عبد الرحمن بل الباشا : الخدمات البنكية من الوجهة القانونية، م‌س، ص 21

(3)- أنظر في ذلك :

- شريف غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 14
- عبد الكريم فوزي القدومي : أثر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على عمليات البنوك، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، سنة 2005، ص 65
- عدنان إبراهيم السرحان: الوفاء (الدفع) الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة صناعة وتجارة دبي 10-12 مايو 2003 ، المجلد الأول ، ص 271 وما بعدها
- ممدوح الجنبيهي ومنير الجنبيهي : البنوك الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2005 ص 38

(4)- انظر في هذه الآراء والتعريفات :

- شريف غنام : : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني، م، س، ص 14 وما بعد

ووفقا لهذا التوجه الأخير فإن إجراءات التحويل البنكي الإلكتروني تتميز بكونها تتم من خلال وسائل إلكترونية دون الاعتماد على الوسائل اليدوية التقليدية، بغض النظر عن كون استخدام تلك الوسائل تم من بداية العملية إلى نهايتها، بمعنى أن الزبون يقوم بداية بإصدار أمره بشكل الكتروني ثم يقوم البنك بتنفيذ هذا الأمر بشكل الكتروني كذلك دون أن يتخلل العملية عموما أي إجراء ورقي تقليدي، أو في أي مرحلة من مراحل عملية التحويل، فالمهم حسب هذا التوجه أن يتم استخدام وسائل إلكترونية فيكون التحويل البنكي الإلكتروني هو كل إجراء يكون من أثره التقليل بشكل كلي أو جزئي من استخدام المستندات المكتوبة سواء في إصدار أمر التحويل أو في تنفيذه.

ويلاحظ من خلال الإطلاع على مختلف التوجهات الفقهية السابقة أنها بحثت التحويل البنكي الإلكتروني من خلال افتراض وحدة المفهوم مع التحويل البنكي كتقنية محاسبية، الذي يقوم فيه البنك بإجراء قيود على حسابات كل من الآمر والمستفيد، فلا اختلاف بينهما إلا في كون إحدى مراحل التحويل تمت بشكل إلكتروني، فعملية التحويل البنكي هي نفسها تقليدية كانت أم إلكترونية[1]، وسواء إستند البنك للقيام بها على أمر التحويل (virement) أم على أمر صادر بوسيلة إلكترونية، فالغاية منها هي نقل مبلغ من النقود من حساب الآمر إلى حساب المستفيد، ويتم ذلك من خلال مجموعة من المراحل تبدأ بصدور أمر من الزبون، ثم يقوم البنك بإجراء القيود على الحسابات، لتنتهي العملية بإجراء التسوية بين الحسابات المختلفة، ويستنتج من ذلك أن التوجهات السابقة ترى في التحويل البنكي الإلكتروني إحدى وسائل الأداء التقليدية وهي الأمر بالتحويل (virement) تم تطويرها

ويعتمد بعض أنصار هذا الاتجاه على التعريف الذي وضعه الدليل القانوني الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الأونسترال) لعام 1987 حول التحويل البنكي الإلكتروني والذي جاء فيه أن التحويل البنكي الإلكتروني" هو كل تحويل للأموال يتم أحد أو بعض خطواته بشكل إلكتروني بعد أن كانت تتم بالاعتماد على الدعامات الورقية"، وما يمكن أن يلاحظ من خلال الإطلاع على هذا الدليل أنه يبحث التحويلات المالية التي تتم فيما بين البنوك في إطار تسوية العلاقة التي تنشأ نتيجة قيام العملاء بتحويل الأموال فيما بينهم وذلك عندما تكون الحسابات الخاصة بالعملاء ممسوكة من طرف أكثر من بنك، فقد جاء فيه (إن الاستعاضة عن التسليم المادي للأوراق التي تتضمن عمليات التحويل بإرسال رسائل عبر الكمبيوتر فيما بين البنوك يعتبر من أهم التغيرات التي جاءت في هذا المجال)، لهذا فإنه لا يمكن الاعتماد على هذا التعريف لوضع مفهوم للتحويل البنكي الإلكتروني، ذلك أن العلاقة التي تجمع بين البنك والزبون هي التي ستكون محور دراستنا ولن نقوم بتحليل العلاقة بين البنوك المختلفة إلا في إطار التمييز بينها وبين العلاقة التي تجمع البنوك بعملائها في الفقرة الثانية من المطلب الموالي.

(1)- وقد تناول بعض الفقه التحويل البنكي الإلكتروني بالدراسة تماما كما تمت دراسة التحويل البنكي بين الحسابات حيث أشترط ضرورة توفر معظم شروط وأركان التحويل العادي بين الحسابات في التحويل البنكي الإلكتروني، أنظر في ذلك :

- فياض ملفي القضاة : مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 1-3 مايو 2000 ، الطبعة الثالثة، 2004، ص 959
- محمد عبدا لكريم القدومي : أثر قانون المعاملات الإلكترونية على عمليات للبنوك، م ، س ، ض 67
- محمد عمر ذوابة : عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، م، س ، ص 56

لتتلاءم مع متطلبات العصر الحالي بالاستعاضة عن الشكل الكتابي للأمر بالتحويل واستخدام أداة إلكترونية لإصدار هذا الأمر.

والحقيقة أن التوجهات الفقية السابقة ركزت على الوسيلة التي يقوم فيها العميل بتوجيه أمره للبنك أو الوسيلة المستخدمة لإجراء العملية أكثر من مضمون العملية نفسها، على نحو يفترض عدم تغير مفهوم التحويل كعملية يختص البنك بإجرائها، ولا شك أن هذا الأمر لا يتوافق مع حقيقة عملية التحويل الإلكتروني وفقا لما نظمتها التشريعات المختلفة، فهذه الأخيرة أخذت بعين الإعتبار طبيعة الوسيلة المستخدمة وضرورة أن تكون من بين الوسائل الحديثة، لكنها في نفس الوقت وسعت من مضمون العمليات لتشمل كل ما من شأنه أن يؤثر على ذمة العميل المالية.

وبالتالي فإن مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني لا يرتبط بالتحويل البنكي التقليدي إلا من حيث التسمية، فمفهومه يشمل التحويل التقليدي بالإضافة إلى عمليات أخرى يكون الهدف منها إنشاء قيد على حساب العميل، وبهذا يمكن أن القول مبدئيا أننا نكون أمام تحويل بنكي إلكتروني للأموال في جميع الحالات التي يقوم فيها الزبون باستخدام أداة إلكترونية وضعها البنك تحت تصرفه للوصول لحسابه واستخدامها في سحب أو إيداع الأموال، أو نقلها من حسابه لحساب آخر، وقد قلنا مبدئيا لأن حصر مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني لن يتحقق بشكل كلي إلا من خلال وضع المعايير التي تميزه عما يشتبه به من عمليات.

المطلب الثاني

محددات مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني

إن قوام التجارة التي تمارسها البنوك هي التعامل بالأموال والوساطة بين قطاع الادخار والاستثمار، لهذا نجد أنها تقوم بمجموعة كبيرة من العمليات التي تستهدف نقل الأموال بين مختلف الأشخاص والمشاريع، ولما كانت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بدورها تهدف إلى نقل الأموال من مكان إلى آخر، فإنها قد تختلط ببعض العمليات المشابه لها، ولحصر نطاق العمليات التي تدخل ضمن مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني يجب تمييزها عن وسائل نقل الأموال المختلفة (الفقرة الأول)، وتحديد نطاقها من ضمن مختلف الإجراءات المتبعة لنقل الأموال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التحويل البنكي الإلكتروني أحد وسائل نقل الأموال

إن عمليات نقل الأموال التي يقوم بها البنك متعددة ومختلفة، والتحويل البنكي الإلكتروني لا يشكل إلا مظهرا من مظاهر هذه العمليات، يقوم الزبون فيه باستخدام وسيلة إلكترونية يضعها البنك تحت تصرفه لتوجيه الأوامر المختلفة له، ونظرا لارتباط عملية التحويل الإلكتروني باستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية الحديثة فلا يمكن اعتبار عمليات

نقل الأموال والتي تستخدم فيها الدعامات الورقية كالشيكات والأوراق المالية من قبيل التحويل الإلكتروني[1]، لكن قد يختلط مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني ببعض العمليات الأخرى التي تقوم بها البنوك وتستخدم فيها إحدى الوسائل الإلكترونية الحديثة كعمليات الوساطة في التحويل (أولا) والنقود الإلكترونية (ثانيا).

أولا: التحويل البنكي الإلكتروني والوساطة في التحويل (الحوالة)

تعتبر الحوالة أو الوساطة في التحويل أحد أدوات نقل الأموال التي تتم من خلال وسيط معين، بحيث يقتصر دور الوسيط في هذه العملية على استلام المبلغ من الشخص المحول وتسليمه إلى الشخص المحول له في نفس المكان أو في مكان آخر مقابل عمولة[2].

ويطلق عليها الحوالة البنكية إذا قام البنك فيها بدور الوسيط[3]، ويتم إجرائها دون تطلب وجود حسابات بنكية لأحد أطرافها، فهي تتم نقدا بحسب الأصل ولا تمر عبر الحسابات، وحتى في الحالات التي يمتلك فيها المحول له حسابا لدى البنك الذي قام بإجراء العملية فإن طلبه بإيداع مبلغها في حسابه يعد بمثابة إيداع نقدي، لهذا فإن الحوالة تشكل علاقة مؤقتة بين أطرافها تنتهي بانتهاء تنفيذها على خلاف العمليات التي تتطلب حسابا بنكيا.

والحقيقة أنه على الرغم من اعتبار الحوالة إحدى وسائل نقل الأموال، إلا أنها لا تعد من ضمن العمليات التي تختص بها البنوك، فهي ترتبط بهذه العمليات باعتبار أن الأعمال

---

(1)- وقد نصت بعض التشريعات صراحة على استبعاد العمليات التي تقوم على الدعامات الورقية من نطاق عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، فقد جاء في المادة 2 من التعليمات الصادرة عن البنك المركزي الأردني " ب- لا تسري أحكام هذه التعليمات على : الشيكات، الأوراق المالية....."، كما استبعد المشرع الأمريكي في تعريفه للتحويل البنكي الإلكتروني كل العمليات التي تتم على دعامات ورقية في المادة 906، وكذلك أخرج المشرع الفرنسي بعض العمليات التي تتم على مستندات ورقية والأوراق المالية من نطاق معاملات الدفع من خلال ما نص عليه في الفقرة الثالثة من المادة (L314-1).

(2)- أنظر في تعريف الحوالة :
- جعفر الجزاز : العمليات البنكية، دار النفائس، بيروت، 1987 ص 25
- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، م، س، ص 567

(3)- فبالإضافة إلى المؤسسات البريدية التي تمارس أعمال الوساطة في التحويل إلى جانب البنوك ظهرت منذ فترة وجيزة نسبيا بعض المؤسسات المتخصصة بهذه العمليات تمتلك شبكة واسعة من الأفرع والوكلاء حول العالم وعلى الصعيد الوطني، تربط بينهم شبكة اتصال مغلقة خاصة بالشركة، تمكن المستفيدين من استلام أموالهم بعد لحظات فقط من إرسالها، نظرا لاحترافها تلك العمليات أصبحت هي المختصة بها، وقد نظم المشرع المغربي المؤسسات التي تحترف عمليات الوساطة في تحويل الأموال في المادة 15 من القانون المتعلق بمؤسسات الائتمان، حيث اعتبرها بمثابة شركات التمويل التي يجب أن يتم اعتمادها طبقا لما جاء في المواد 27و28و29و30و32و37 من نفس القانون، انظر في ذلك :
- محمد عمر ذوابة : عقد التحويل المصرفي الإلكتروني ، م، س، ص 28
- جعفر الجزاز : العمليات البنكية ، م، س، ص 26
- سلمان بونذياب : النقل المصرفي، م، س، ص 79

التي تمارسها البنوك هي نوع خاص من التجارة قوامها التعامل في الأموال[1]، لذلك فإن الوساطة في التحويل ليست حكرا على البنوك وحدها بل تتشارك فيها مع مجموعة من المؤسسات التي تمارس بعض الأعمال القريبة نوعا ما من عمليات البنوك، فالتشريع المغربي[2] كما هو شأن التشريع الأردني[3] أعطى لمؤسسة البريد حق الوساطة في إجراء الحوالات النقدية.

أما التحويل البنكي الإلكتروني للأموال والذي نحن بصدد دراسته فهو يمثل جميع العمليات التي يستخدم فيها الزبون أداة إلكترونية وضعها البنك تحت تصرفه للتعامل في الحساب، مما يعنى أن من أهم شروطه هو ضرورة وجود حساب للعميل مفتوح في مؤسسة بنكية، لهذا فإن الوساطة في التحويل لا تعد من ضمن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني للأموال، حتى ولو تم إجرائها أو تنفيذها باستخدام إحدى الوسائل الحديثة، لأن ذلك لا يرتبط بوجود حساب بنكي لأحد أطرافها.

وقد درج الفقه[4] على التمييز بين الحوالة والتحويل الذي يتم بإجراء قيود على حسابي كل من الآمر والمستفيد استنادا إلى كون عملية التحويل تتطلب وجود حساب يقيد فيها المبلغ وهو ما لا يكون متطلبا بالنسبة للحوالة، إلا أن البعض[5] اعترض على ذلك معتبرا أن هذا التمييز يفتقر إلى السند القانوني والواقعي، فكل من التحويل والحوالة جزء من عمليات نقل الأموال التي تقوم بها البنوك، والاختلاف بينهما يتمثل فقط في طريقة التنفيذ، وبالتالي يرى هذا التوجه انه لا يشترط في التحويل أن يتوفر الآمر والمستفيد على حسابين.

---

(1)- تعد عملية إرسال واستقبال الحوالات المالية من الأعمال التي تتشارك البنوك القيام بها مع غيرها من المؤسسات التي تمارس أعمالا قريبة من الأعمال البنكية، وهي لا تدخل في صميم النشاط البنكي أساسا، لهذا فقد نص المشرع المغربي في الفقرة الخامسة من المادة السابعة من قانون رقم 34.03 على منح البنوك الحق في مارستها باعتبارها من العمليات التي ترتبط بنشاطها.

(2)-، وقد أعطى المشرع المغربي لمؤسسة بريد المغرب الحق في إجراء عمليات الوساطة في التحويل في المادة 49 من قانون البريد والمواصلات رقم 96- 24 والتي جاء فيها (تؤمن مؤسسة بريد المغرب خدمة الحوالات البريدية في النظامين ....)،

(3)- فقد سمحت المادة 11 من قانون الخدمات البريدية رقم 5 لسنة 2002 لبريد الأردن إصدار الحوالات البريدية الداخلية والخارجية، كما أن المشرع الأردني أعطى لمحلات الصرافة الحق في ممارسة عمليات الوساطة في التحويل وذلك في المادة 11 من قانون أعمال الصرافة رقم 96 لسنة 1992 التي جاء فيها (يحق للصراف القيام بأي من المعاملات التالية............و : إصدار الحوالات الخارجية لتمويل عمليات المدفوعات غير المنظورة)،.

(4)- أنظر على سبيل المثال :
- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، م ، س ، ص 567
- فائق محمد الشماع : الحساب المصرفي، م ، س ، ص 279
- سلمان بوذياب : النقل المصرفي، م ، س ، ص 79

(5)- محمد عمر ذوابة : عقد التحويل المصرفي الإلكتروني ، م ، س ، ص 46

وإذا كنا نتفق مع الرأي السابق في كون كل من التحويل والحوالة ينتميان إلى عمليات نقل الأموال التي تقوم بها البنوك[1]، فإننا نخالفه في عدم التمييز بينهما، فلكل عملية مميزاتها وخصائصها، فإجراء التحويل (virement) يرتبط بمدى قدرة البنك على تنفيذ خدمات الدفع والتحصيل للشخص والتي تقدم كجزء من خدمات الخزينة أو الصندوق، الأمر الذي يتطلب بالضرورة وجود حساب مفتوح لهذا الشخص لدى البنك، بحيث يتم نقل الأموال منه إلى حساب آخر من خلال قيام البنك بإجراء قيدين في الجانب الدائن لأحدهما والمدين للآخر[2]، بينما لا يستلزم نقل الأموال بواسطة الحوالة من الشخص التوفر على حساب بنكي، والتشريعات التي نظمت عملية التحويل بين الحسابات كانت صريحة في تطلب وجود حسابين لكل من الآمر والمستفيد[3].

ثانيا: التحويل البنكي الإلكتروني والنقود الإلكترونية

النقود الإلكترونية عبارة عن وحدات إلكترونية ذات قيمة مالية، يتم تخزينها على دعامات مختلفة تدعى محافظ النقود الإلكترونية منها ما يكون على شكل بطاقات تحتوى على معالجات ذات ذاكرة تسمى البطاقات الذكية[4]، وتتمثل طريقة استخدامها في قيام المستهلك بالحصول على هذه البطاقة من البنك الذي يتعامل معه أو من أحد البنوك الأخرى، ثم يقوم بشحنها بوحدات النقود الإلكترونية التي يصدرها البنك مقابل نقود حقيقية

---

(1)- أنظر في نفس المعنى :

-Guèrard (R): Transferts de fond par telecommunication, Thèse déposée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa en vue de l'obtention de la maitrise en droit, 1998, P 11 ets

(2)- أنظر كذلك في نفس هذا الاتجاه :

- محمد لفروجي : العقود البنكية م، س، ص 279
- علي البارودي ومحمد فريد : العقود التجارية وعمليات البنوك ، م ، س ، ص 307
- سلمان بونيباب : النقل المصرفي، م س ، ص 94
- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، م ، س، ص 571

(3)- فعلى سبيل المثال نصت المادة 519 من مدونة التجارة المغربية على أنه "...تمكن هذه العملية من : 1- نقل مبلغ نقدي من شخص إلى آخر، لكل منهما حساب لدى المؤسسة البنكية ذاتها، أو لدى مؤسستين بنكيتين مختلفتين، 2- نقل مبلغ نقدي بين حسابات مختلفة، مفتوحة باسم نفس الشخص لدى المؤسسة البنكية ذاتها، أو لدى مؤسستين بنكيتين مختلفتين"

(4)- ليست جميع البطاقات الذكية تعتبر محافظ للنقود الإلكترونية، ذلك أنه توجد عدة أنواع من تلك البطاقات وهي البطاقات أحادية الإصدار وأحادية الاستخدام، والبطاقات أحادية الإصدار متعددة الاستخدام ، وأخيرا البطاقات متعددة الإصدار وأحادية الاستخدام وهذا النوع الأخير هو ما يعد بحق محفظة للنقود الالكترونية، فالنوع الأول يصدر من طرف مشروع أو جهة حتى يستطيع المستخدم سداد قيمة خدمة أو سلعة معينة، ويستخدم لسداد ثمن سلعة أو خدمة واحدة ومعينة بذاتها، ومثال على ذلك البطاقات الخاصة بالاتصالات، أما النوع الثاني فهو يتشابه مع الأول في كونه يصدر عن مشروع معين إلا أنه يستخدم لسداد سلع وخدمات مختلفة تابعة لنفس المصدر أو المشروع، أم النوع الثالث فيصدر عن جهات متعددة ويستخدم في سداد قيمة منتجات وخدمات متعددة، انظر:

- شريف محمد غنام : محفظة النقود الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 ص 27
- جلال الشورة : وسائل الدفع الإلكتروني، رسالة لنيل الماجستير في القانون، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، عمان، 2005 ص38

- Moumouni (CH): Droit et pratiques du paiement electronique des ventes internationals, Op.Cit , P 255

يدفعها الزبون مباشرة أو يشحنها من خلال أجهزة الصراف الآلي مقابل الخصم من حسابه المفتوح لدى البنك، ومن ثم يستخدمها لسداد ثمن البضائع والخدمات محدودة القيمة، ويستطيع التاجر الحصول على قيمة النقود الإلكترونية من خلال تفريغها في حسابه لدى البنك[1].

ويعبر عن النقود الإلكترونية بواسطة أرقام يتم تداولها إلكترونيا، ويمثل كل رقم قيمة مالية في حد ذاته يتم استخدامها للوفاء بدلا من النقود الحقيقية، ولهذا الوفاء قوة إبراء كما لو تم باستخدام النقود الحقيقية[2].

وتختلف هذه الوسيلة عن أدوات التحويل البنكي الإلكتروني للأموال في كونها تقوم على فكرة الدفع المسبق للوحدات الإلكترونية التي تمثل القيم المالية المعبر عنها بالنقود الإلكترونية، بينما تقوم أدوات التحويل البنكي الإلكتروني على الدفع اللاحق[3]، ما يعني أن الوفاء باستخدام أدوات التحويل البنكي الإلكتروني يتطلب إخطار البنك وموافقته على ذلك بينما الدفع بالنقود الإلكترونية يتم بمجرد نقل الوحدات الإلكترونية إلى التاجر مما يترتب عنه دفع حال مبرئ لذمة الزبون.

بالإضافة إلى ذلك فإن الوفاء بواسطة أدوات التحويل البنكي الإلكتروني لا يكون بشكل مباشر، فهذه الأدوات لا تحمل نقودا في ذاتها، بل هي مجرد وسائل تستخدم لربط الاتصال بحساب الزبون الذي يمسكه البنك المصدر لها بحيث يتم السداد من الحساب

---

(1)- وقد أدت المزايا التي تتمتع بها محافظ النقود الإلكترونية إلى أنشارها بشكل كبير مؤخرا، بحيث يمكن للشخص شحنها أو إعادة شحنها عن طريق استخدام أجهزة الصراف الآلي، وهو ما جعل المؤسسات تعتمد علها في تقديم خدمات، كالمؤسسات التي تقوم بإجراء عمليات الوساطة في التحويل أو الحوالات المالية تمكن الأشخاص من تحويل أموالهم عن طريق اقتناء محفظة لنقود الإلكترونية، ومن ثم شحنها بواسطة أي شخص آخر يزود تلك المؤسسة برقم البطاقة المراد تحويل المبالغ إليها، وبعد أن تتم عملية الشحن يمكن لحامل البطاقة القيام بتفريغها والحصول على الأموال من خلال أجهزة الصراف الآلي التابعة لتلك المؤسسة أو التي تحمل رمز معين كالفيزا أو الماستركارد، ومن بين أكثر محافظ النقود الإلكتروني إنتشارا بطاقات (دابا دابا) والتي تصدر عن مصرف المغرب، وبطاقات (فلوسي) التي تصدر عن التجاري وفا بنك.

(2)- وقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للأداء باستخدام النقود الإلكترونية إلى اتجاهين، أحدهما يرى بأن هذا الأداء لا يبرئ ذمة الشخص الذي يستخدم النقود الإلكترونية طالما أن المستفيد لم يقم بتحويلها إلى أموال حقيقة، بينما يرى الاتجاه الثاني بأن هذا الأداء يبرئ ذمته على أساس أن استخدامها جاء وليد لاتفاق حصل بين مختلف الأطراف المتعاملين بها، انظر في ذلك :

- شريف محمد غنام : محفظة النقود الإلكترونية، م، س ، ص 127
- حسن علي القفعي : النقود الإلكترونية وتأثيرها على دور البنوك المركزية في إدارة السياسة النقدية، بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب، المنعقد من 12-14 يوليوز 2004 بكلية القانون بجامعة اليرموك، إربد، المملكة الأردنية، ص 6
- Aglietta (M) et Scialom (L): Le prêteur en dernier ressort au défi de la monnaie électronique, Cahiers d'économie politique, 2003/2 - n° 45. P 256
- Cohen (P): Monnaie électronique : un jour nouveau ou une aube trompeuse?, Rev, L'Économie Politique, 2002/2 - n°14, P 69

(3)- محمد إبراهيم الشافعي : الآثار النقدية والإقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الأول، م س، ص 135

مباشرة، فهي لا تعدو أن تكون وسائل للتعامل في الحساب، على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للنقود الإلكترونية والتي تعتبر ذات قيمة مالية على شكل وحدات إلكترونية يتم استخدامها لإجراء الدفع بشكل مباشر دون الحاجة إلى وجود طرف ثالث في العملية بين التاجر أو المورد والمستهلك، ويقتصر دور البنك في هذه العملية على تزويد المستهلك بهذه الوحدات منذ البداية وقبل الوفاء[1].

لكن إذا كان استخدام النقود الإلكترونية في الوفاء لا يعتبر من قبيل التحويل البنكي الإلكتروني للأموال، فإن عمليات شحن البطاقات بالنقود الإلكترونية وتفريغها قد تستلزم من الشخص التوفر على حساب بنكي حتى يستطيع القيام بها، وعادة ما تتم عمليات الشحن والتفريغ عن طريق استخدام أجهزة الصراف الآلي، لهذا فإنها تقترب كثيرا من استخدام وسائل التحويل البنكي الإلكتروني في عمليات سحب وإيداع الأموال وتأخذ حكمها.

فعملية شحن البطاقة بالنقود الإلكترونية يؤدي إلى انتقال الأموال من الحساب إلى البطاقة نفسها التي تتوفر على ذاكر تخزن فيها الأموال على شكل وحدات إلكترونية، فتخرج الأموال من الحساب كما لو أن الزبون قام بسحبها نقدا، وكذلك عملية التفريغ في الحساب حيث يتم انتقال الأموال المخزنة في البطاقة إلى الحساب لتسجل على شكل قيود فيه تمثل مبالغ حقيقية.

لهذا فإن ما يمكن اعتباره من قبيل التحويل البنكي الإلكتروني هو عمليات شحن وتفريغ النقود الإلكترونية فقط، إذا ما استدعى الأمر وجود حساب بنكي يتم إجراء القيود عليه في تلك الحالات، دون استخدام النقود الإلكترونية في الوفاء لأن البنك لا يكون له أي دور في هذه الحالة الأخيرة، وهو ما نصت عليه بعض التشريعات التي نظمت التحويل البنكي الإلكتروني كما هو حال كل من التشريعين التونسي والبلجيكي[2].

(1)- وعلى خلاف وسائل التحويل الإلكتروني فإن الأصل أن تمنح البنوك محافظ النقود الإلكترونية لأي شخص سواء أمتلك حسابا لدى البنك أم لم يمتلك، وكل ما هناك أنه في حالة وجود حساب لهذا الشخص، ويتم دفع قيمة المحفظة والاشتراك السنوي ومقابل إصدار الوحدات الإلكترونية وكذلك عمليات شحن هذه المحفظة بالنقود الإلكترونية من خلال الخصم من هذا الحساب، وتتم كذلك تفريغ تلك المحفظة من خلال إدراج النقود الإلكترونية التي تحتويها على شكل قيود في الحساب، للتوسع أكثر أنظر :

- شريف محمد غنام : محفظة النقود الإلكترونية، م ، س، ص 94

(2)- وقد جاء في الفصل الأول من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي أنه " لتطبيق هذا الفصل يقصد ب: أداة التحويل الإلكتروني: كل وسيلة تمكن من القيام إلكترونيا بصفة كلية أو جزئية، بإحدى العمليات التالية:.....إعادة شحن وسيلة قابلة للشحن وتفريغها"، وقد عرفت نفس المادة الوسيلة القابلة للشحن على أنها "كل وسيلة تحويل إلكتروني للأموال تخزن عليها إلكترونيا وحدات قيمية"، وهو ما يتطابق بشكل كلي مع ما جاء في المادة الأولى من قانون التحويل الإلكتروني للأموال البلجيكي.

الفقرة الثانية: التحويل البنكي الإلكتروني جزء من إجراءات نقل للأموال

إذا ما نظرنا إلى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني كعملية بنكية فإنها تعتبر وسيلة حديثة من وسائل نقل الأموال، لكنها تمثل كذلك أحد الأجزاء الرئيسية للسلسة المتصلة التي تدور فيها النقود عند تعامل البنوك بها، فعمليات نقل الأموال تنفذ بإتباع مجموعة من الخطوات والإجراءات، تبدأ بالأمر الذي يصدره الزبون صاحب الحساب، ومن ثم يقوم البنك بتنفيذه من خلال قيود(1) على الحساب، سواء كانت العملية تستهدف نقل الأموال من حساب إلى حساب آخر أو حتى مجرد نقل للأموال من الحساب وإليه في إطار تنفيذ أوامر السحب والإيداع التي يتوجه بها الزبون إلى بنكه، وهو ما لا يطرح إشكالا إذا ما كان البنك ممسكا لجميع الحسابات محل المعاملة فيقوم بتنفيذها بمجرد إجراء تلك القيود.

لكن إذا لم يكن البنك ممسكا لجميع الحسابات المعنية فإنه يقوم بمراسلة البنوك التي تمسكها حتى تقوم بدورها بإجراء قيود عليها وهنا تنتهي المرحلة الثانية من مراحل نقل الأموال لتبدأ المرحلة الأخيرة التي تقوم فيها البنوك بتسوية تلك العمليات فيما بينها(2).

وبعد أن كانت جميع هذه المراحل تتم باستخدام دعامات ورقية، أدى استخدام التكنولوجيا الحديثة إلى تقليص الاعتماد على الإجراءات اليدوية في ظل متطلبات السرعة في إنجاز المعاملات وتقليل المخاطر الناتجة عنها، وفي هذا الصدد اعتبرت لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية أن استخدام التكنولوجيا الحديثة بدلا من الدعامات الورقية في أي مرحلة من مراحل نقل النقود يجعل منه نقلا إلكترونيا(3)، بمعنى أن هذه الصفة يتخذها حتى ولو تمت معظم إجراءاته بشكل عادي طالما استخدمت إحدى الوسائل الإلكترونية في الأمر أو التنفيذ أو حتى عملية التسوية.

(1)- وتمثل القيود في الحساب المبالغ المالية الناتجة عن مختلف العمليات التي يقوم بها البنك على الحساب والتي تنتقل من حساب إلى حساب بواسطة إجراء القيود وهي ما يصطلح على تسميته بالنقود القيدية، وتتمثل النقود القيدية بالأرصدة الجاهزة في الحسابات وهي عبارة عن أرقام تخول للبنوك خلق كتلة نقدية جديدة تستمد قوتها من عامل الثقة بين البنوك وعملائها، وهي تسمح للبنوك بألا تحتفظ سوى بقيمة بسيطة من أصل رصيد الحساب فيما القيمة الأخرى المرتبطة بها يمكن أن تدور من حساب لآخر مشكلة كتلة مالية مستقلة عن النقود، انظر في مفهوم النقود القيدية وطبيعتها :

- سلمان بونياب : النقل المصرفي، م ، س، ص 171
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 198
- عبد السلام المريني : الوديعة المصرفية في التشريع المغربي والمقارن، م، س، ص 576

(2)- أنظر في ذلك :

- عبد السلام المريني :الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، م، س، ص 577
- سلمان بونياب: النقل المصرفي، م، س، ص 96

(3)- لقد سبق وتناولنا هذا المفهوم الذي جاء في الدليل القانوني لعمليات التحويل الإلكتروني الصادر عن لجنة التجارة الدولية، وتوصلنا إلى أنه يناقش التحويل بين البنوك ولا يتعرض للعمليات التي تتم بين البنوك وعملائها، راجع في ذلك ص 26 هامش رقم 1

ومفهوم النقل الإلكتروني للأموال بحسب المدلول السابق ينظر فيه إلى جميع العلاقات التي تنشأ بين مختلف الأطراف المعنية بعملية النقل[1]، وذلك من خلال تتبع الإجراءات خطوة بخطوة إلى حين إتمامها بشكل نهائي، إلا أنه من الناحية العملية يتم وضع حدود تفصل بين مختلف العلاقات بحسب الأطراف المتدخلة فيها لأن الآثار الناتجة عن إحداها ليس لها تأثير من الناحية القانونية على غيرها.

فقيام العميل بإصدار أمر للبنك يستوجب من هذا الأخير تنفيذه طالما توفرت الشروط المتفق عليها بين الأطراف، وبموافقة البنك على تنفيذ الأمر وإجراء القيود على الحسابات تصبح العملية تامة بالنسبة للزبون، وما تبقى من إجراءات وبالخصوص إجراء عملية التسوية بين البنوك المتدخلة في العملية إن وجدت تبقى من اختصاص البنك وحده ولا أثر لها على العلاقة التي تربطه بالعميل.

لهذا يجب التمييز بين عملية التحويل التي ينحصر أثرها على العلاقة الرابطة بين البنك والزبون والتي تنظم بمقتضى القواعد القانونية والروابط التعاقدية، وعملية التحويل التي تتم في إطار تسوية المعاملات بين البنوك المعنية حتى لو كانت هذه التسوية تتعلق بعملية التحويل نفسها التي قام بها الزبون، فتقوم العلاقة التي تربط بين البنك والزبون داخل الإطار القانوني والتعاقدي المنظم لها الذي ينحصر من الناحية العملية في جزء من إجراءات عملية التحويل بشكل عام والمتمثل في المراحل الأولى منها أي مرحلة إصدار الأمر من طرف الزبون وقيام البنك بتنفيذ هذا الأمر وما يرتبط بهذه المراحل من التزامات وأحكام قانونية.

ومن خلال الإطلاع على التشريعين المغربي والأردني يلاحظ أن كل منهما قام بالتمييز بين مراحل التحويل المختلفة، ففي التشريع المغربي يخضع التحويل المنصوص عليه في المادة 6 من قانون رقم 34.03 والمتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في

---

(1)- قد تتم عمليات نقل الأموال لدى بنكين في الحالات التي يمتلك فيها كل من الشخص الآمر والمستفيد حسابات في بنكين مختلفين، بينما قد يتطلب الأمر تدخل بنك ثالث في بعض الحالات الأخرى بحيث يتوسط هذا البنك الثالث بين بنك الآمر وبنك المستفيد، وبالإضافة إلى ذلك فإن هناك جهات أخرى قد تتدخل في عمليات تحويل الأموال، فالمركزي قد يكون من بين تلك الجهات المتدخلة إذا تمت المقاصة بين العمليات التي تجريها البنوك فيما بينها عن طريق غرفة المقاصة في البنك المركزي، أنظر في ذلك :

- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 204

كما توجد العديد من الجهات الأخرى التي تتدخل في عمليات التحويل في إطار العلاقة بين البنوك بعضها ببعض وبينها وبين مختلف الفاعلين في ميدان وسائل الأداء والتحويل، ففي المغرب يتولى مركز النقديات بين البنوك (CMI) مهمة تدبير البطاقات البنكية، ويقوم بصفته ممثلا للبنوك بالتعاقد مع مختلف الفاعلين والمتدخلين في ميدان البطاقات البنكية كالمنظمات الدولية راعية البطاقات (MASTERCARD) أو (VISA) على سبيل المثال، بالإضافة إلى التجار الذين يقبلون التعامل بالبطاقات البنكية، وينظم شروط العمل بالبطاقات البنكية نيابة عن البنوك، وإلى جانب ذلك فقد تم إنشاء مركز المقاصة الالكترونية (SIMT) الذي يتولى إجراء عمليات المقاصة فيما بين البنوك والمتعلقة بمختلف وسائل الأداء باستثناء البطاقات البنكية والذي حل محل التبادل المادي لأوراق النقدية ولأوامر الأداء على دعامات ورقية بمجرد معلومات يتم إرسالها بشكل إلكتروني، انظر في ذلك:

- الموقع الإلكتروني لبنك المغرب www.bkam.ma

حكمها في تنظيمه القانوني للعلاقات التعاقدية الرابطة بين الأطراف والنصوص القانونية الخاصة بكل وسيلة من وسائل تحويل الأموال الإلكترونية منها وغير الإلكترونية، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريع الأردني فكل وسيلة من وسائل التحويل تخضع للمقتضيات الخاصة بها في حدود العلاقة التي تربط بين البنوك وزبنائها.

أما بالنسبة للتحويل البنكي في إطار عمليات التسوية فقد أعطى كل من المشرعين المغربي والأردني للبنوك المركزية صلاحية إدارة عمليات التحويل تلك من خلال وضع نظام خاص بها، وقد جاء النص على ذلك في المادة 10 من قانون رقم 76.03 والمتعلق بالنظام الأساسي لبنك المغرب[1]، وكذلك المادة 92/أ من قانون البنوك الأردني[2]، وفي هذا الإطار قام كل من بنك المغرب والبنك المركزي الأردني بوضع نظام إلكتروني لتسوية العمليات بين البنوك سمي بنظام التسوية الإجمالية الفوري[3]، بناءا على المعايير التي وضعتها لجنة أنظمة المدفوعات التابعة لبنك التسويات الدولي[4].

وعلى الرغم من بداهة التمييز بين التحويل البنكي الإلكتروني في إطار عمليات البنوك بينها وبين عملائها والتحويل الإلكتروني في إطار عمليات التسوية، فإن استخدام التشريعات لمصطلح التحويل للدلالة على عمليات التسوية التي تتم بين البنوك بعضها مع

---

(1)- الصادر بمقتضى الظهير شريف رقم 1.05.38 بتاريخ 23 نوفمبر 2005 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5397 والصادرة بتاريخ 20 فبراير 2006 ص 427

- وقد نصت المادة 10 من قانون رقم 76.03 والمتعلق بالنظام الأساسي لبنك المغرب على أنه " يتخذ البنك جميع التدابير التي من شأنها تسهيل تحويل الأموال ويسهر على حسن سير وسلامة أنظمة الأداء، وفي هذا الإطار يسهر البنك على سلامة نظامي المقاصة والتسديد مقابل تسليم الأدوات المالية ويتحقق من سلامة وسائل الأداء وملائمة المعايير التي تنطبق عليها"

(2)- والتي نصت على انه " للبنك المركزي أن يضع نظاما إلكترونيا لتحويل الأموال بالتنسيق مع البنوك،وفي هذه الحالة يكون للبنك المركزي الحرية في إجراء الدفع والقبض بواسطة هذا النظام وإعلام البنوك المعنية بذلك.."

(3)- بدأ العمل في نظام التسوية الإجمالية المغربي (SRBM) عام 2006 وهو يهدف إلى تسوية المدفوعات التي تتم بين مختلف الفاعلين في السوق النقدية والمالية في المغرب، ضمن مركز واحد يتبع لبنك المغرب من خلال الاعتماد على تقنيات الحاسب الآلي والشبكات المغلقة، ويتكون هذا النظام من مجموعة من الأعضاء، فبالإضافة لبنك المغرب باعتباره مسيرا لهذا النظام تشترك جميع البنوك وبعض المؤسسات المالية الأخرى التي تمارس أنشطة مهمة بالإضافة إلى بورصة الدار البيضاء والوديع المركزي (MAROCLEAR) وكذلك مركز النقديات بين البنوك (CMI) و نظام المقاصة الإلكترونية المغربي (SIMT)، فيكون لكل مشارك في نظام التسوية الإجمالية حسابه الخاص به، أنظر في ذلك الموقع الإلكتروني لبنك المغرب www.bkam.ma

- أما نظام التسوية الفورية الإجمالي الأردني (RTGS-JO) فقد بدأ التشغيل الفعلي له عام 2002 وهو كنظيره المغربي يقوم على مجموعة من المبادئ أهمها أن أوامر الدفع التي ترد إليه لا يمكن الرجوع فيها ، ويتم تنفيذها وتقييدها في حسابات المشتركين وفقا لترتيب ورودها للنظام، ويتم تمرير الرسائل الإلكتروني لهذا النظام بالاعتماد على شبكة سويفت التي تضمن قدرا عاليا من الأمان بالاعتماد على المعايير الدولية التي تحمي النظام من أي دخول غير مصرح به.

(4)- وبنك التسويات الدولي عبارة عن منظمة مالية دولية هدفها تعزيز الاستقرار المالي والنقدي الدولي ومقره في مدينة بازل في سويسرا، ويعتبر أقدم منظمة مالية دولية حيث تم إنشائه عام 1930 عقب فترة الكساد الإقتصادي العالمي، وهو لا يهدف إلى الربح ولا يقبل الودائع من الأفراد والشركات وإنما يعمل كما لو أنه بنك للبنوك المركزية في الدول الأعضاء فيناقش السياسات النقدية، بالإضافة إلى كونه مركزا للبحوث الإقتصادية والنقدية، أنظر في ذلك الموقع الإلكتروني لبنك التسويات الدولي : http://www.bis.org/

بعض، وبينها وبين مختلف الفاعلين في الأسواق المالية والنقدية قد يؤدي إلى إحداث خلط بخصوص مفهوم كل منها، لهذا الأمر فقد قامت بعض التشريعات باستبعاد أنظمة التسوية من نطاق التنظيم القانوني للتحويل البنكي الإلكتروني صراحة، حتى لا يؤدي وحدة الاصطلاحات إلى حدوث أي خلط(1).

إذن من كل ما سبق يتضح أن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني لا تشكل وسيلة للتعامل بالأموال في حد ذاتها، وإنما هي عبارة عن الوظيفة التي تقوم بها بعض وسائل التعامل في الأموال، وهي تلك الوسائل الحديثة والتي تمكن العميل من إصدار أمره للبنك عن بعد ودون حاجة إلى التواصل المادي المباشر معه، بغض النظر عن طبيعة الدعامة المستخدمة، فقد تكون تلك الدعامة عبارة عن قطعة من البلاستيك كالبطاقات البنكية، أو عبارة عن بعض الرموز والأرقام كما هو الشأن بالنسبة للوسائل التي تمكن من إجراء العمليات عبر الإنترنت أو عبر الهاتف.

المبحث الثاني

شروط وإجراءات عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

من خلال ما سبق تبين لنا أن مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني يشمل جميع العمليات التي يجريها البنك في إطار تسخيره للتكنولوجيا الحديثة لخدمة عملائه، وعادة ما يتم التعارف على هذه العمليات وتسميتها بنفس اسم الوسيلة المادية التي تتم من خلالها كالبطاقات البنكية، وليس وفقا للوظيفة التي تقوم بها وهي إجراء عمليات التحويل، وعلى أي حال فإن التشريعات أطلقت عليها التحويل البنكي الإلكتروني نسبة إلى الوظيفة التي تقوم بها حتى تشمل جميع الأدوات التي تقوم بنفس الوظيفة بغض النظر الوسيلة التقنية المستخدمة، وهي بذلك تشترك في كون البنك يقوم بها بالاستناد إلى أوامر صادرة عن المتعاملين معه، لهذا فإن القيام بعمليات التحويل الإلكتروني يتطلب توفر مجموعة من الشروط سنقوم ببيانها في (المطلب الأول)، قبل الحديث عن خطوات إجرائها (المطلب الثاني).

(1)-وهو ما فعله البنك المركزي الأردني حيث جاء في المادة الثانية (ب) من التعليمات الخاصة بعمليات التحويل الإلكتروني للأموال أنه " لا تسري هذه التعليمات على..- نظام التسوية الفورية الإجمالي المعتمد من قبل البنك المركزي (RTGS-JO)"

المطلب الأول

شروط التحويل البنكي الإلكتروني

تتميز العمليات التي تنطوي تحت مسمى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها مما يقوم به البنك من عمليات وما يقدمه من خدمات، فيشترط لإجرائها بداية وجود علاقة مستمرة بين البنك والعميل والتي تتمثل في توفر العميل على حساب مفتوح لدى مؤسسة بنكية (الفقرة الأولى)، ثم ضرورة التوافق على الأدوات التي سيقوم الزبون باستخدامها لإجراء عمليات التحويل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التوفر على حساب بنكي

إذا كان التحويل البنكي العادي يشترط حتما وجود حسابين تنتقل النقود من أحدهما إلى الآخر، فإن التحويل البنكي الإلكتروني لا يشترط فيه بالضرورة هذا الشرط كما سبق ورأينا، وإنما يشترط فيه وجود حساب واحد على الأقل يتم استخدام الوسائل الإلكترونية لإجراء العمليات عليه، فالحساب الذي يقوم البنك بفتحه لشخص ما يعبر عن وجود علاقة مستمرة بينهما[1]، يوجب على البنك أن يمكن صاحبه من إجراء مختلف العمليات عليه، فالبنك يلتزم بمجرد فتح الحساب بحد أدنى من الخدمات تتمثل في خدمات الخزينة.

وتتمثل أهمية الحساب البنكي باعتباره وسيلة البنك في ضبط علاقته بعميله من خلال إجراء قيود على هذا الحساب بمختلف العمليات التي يقوم العميل بإجرائها، وهو في مظهره المادي عبارة عن كشف أو بيان تثبت فيه عدديا وبالأرقام مختلف العمليات القانونية، ويستخدمه البنك كوسيلة لتنظيم نشاطه وعلاقته بالغير وفق جداول محاسبية[2]، أما من الناحية القانونية فهو العقد الذي يتفق بموجبه البنك والزبون على تقييد العمليات

(1)- أنظر على سبيل المثال :
- محمد لفروجي : العقود البنكية، م، س، ص 259
- فائق محمود الشماع : الحساب المصرفي، م، س، ص 290
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 202
- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، م، س، ص 569
- أكرم ياملكي : الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، م، س ، ص 334

(2)- فالبنوك تستعين بالحساب كأسلوب محاسبي لتنظيم نشاطاتها وفق جداول محاسبية تمسك من قبلها، وهو يمثل كشف أو بيان عددي للعمليات التي تقوم بين البنك والأشخاص المتعاملين معه، وعن طريق هذا الكشف يتم تحديد مجمل العمليات من خلال إتباع أسلوب محاسبي معين يكشف عن مدى تنامي حجمها، وبهذا يؤدي الحساب من خلال مظهره المادي إلى الكشف عن واقع قانوني، أنظر في ذلك :
- فائق محمود الشماع : الحساب المصرفي، م، س، ص 6
- عزيز العكيلي : القانون التجاري، م، س، ص 305
- علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 239
- Stoufflet (J): Compte courant, Répertoire de droit commercial, Ed Dalloz 2010.P1

الجارية بينهما في كلا جانبيه الدائن والمدين على شكل قيود تمثل القيمة العددية لتلك المعاملات(1).

وتجدر الإشارة إلى أن أوصاف الحسابات البنكية متعددة تتنوع تبعا للمعيار المتخذ كأساس لتصنيفها، فإذا ما نظرنا إليها من زاوية رصيد العميل طرف الحساب فإنها تنقسم إلى حساب بنكي دائن وحساب بنكي مدين، ومن حيث ظروف التشغيل تصنف الحسابات إلى حسابات مقرونة بدفتر وأخرى غير مقرونة بدفتر، ومن حيث ماهية المدفوعات هناك الحسابات النقدية وحسابات الأوراق المالية إلى غير ذلك من التصنيفات، ولعل أهم تصنيف للحسابات البنكية ذلك الذي ينظر إليها بحسب نوعها فيقسمها إلى نوعين، حسابات عادية، وحسابات جارية(2).

وتطلق تسمية الحساب العادي على مجموعة كبيرة من الحسابات البنكية مثل حسابات الإيداع أو التوفير أو حسابات الشيكات أو الحسابات البسيطة والتي تقوم في مجملها على فكرة الإيداع والحفظ للنقود لدى البنوك وإن اقترن فتح هذا الحساب بدوافع أخرى مثل الحصول على جوائز أو استعماله وسيلة لتسوية الديون(3)، وتمثل قواعده النظرية العامة للحسابات البنكية، بمعنى أن قواعد هذا الحساب تطبق على جميع الحسابات البنكية بما فيها الحساب الجاري ما لم تكن هناك خصوصية تجب مراعاتها، ومع ذلك فإن قواعد

(1)- وللحساب البنكي دور مهم يتجسد في كونه وسيلة إثبات وتسوية وضمان، فالحساب البنكي وسيلة إثبات لأنه يؤدي إلى تثبيت آثار العمليات القانونية الناشئة بين أطرافه، من خلال جدول ثنائي يقيد في جانب منه الحقوق (الموجودات والأصول) وفي الجانب الثاني الطلبات (الخصوم) المترتبة عن العمليات الناشئة بين أطراف الحساب، فكل دين يقيد بحسب طبيعته الدائنة أو المدينة يظهر في صورة بند موجب أو سالب ويشترك مع بقية البنود لتكوين الرصيد لمجمل العمليات التي تمت بين الطرفين، والحساب كذلك يعد وسيلة قانونية لتسوية الديون حيث تتم تصفية العلاقات بين أطرافه من خلال القيد فيه، وبفضل طريقة المقاصة بين مفرداته تتم عملية التسوية، وأخيرا يعد الحساب البنكي وسيلة للضمان، فيما أنه يتضمن نتائج العمليات الدائنة والمدنية فإنه في حالة امتناع تحقق المقاصة يمكن عزل الأموال الداخلة في نطاقه بقصد تصفيتها، أنظر في مفهوم الحساب البنكي وأهميته من الناحية القانونية :

- فائق الشماع : الحساب البنكي، م، س، ص 6 وما بعد
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 239
- عزيز العكيلي : شرح القانون التجاري، م، س، ص 305
- محمد لفروجي : العقود البنكية، م، س، ص 17
- Rodiere (R) et Rives-Lange (J.L): Droit bancaire, Dalloz, 2em ed, 1975. P92-94
- Gavalda (C) et Stoufflet (J): Droit de la banque, Ed 1974, P354
- Clément (C): Solidarité et compte bancaire, Rev. Dalloz. 2007 p.1808

(2)- وللإطلاع أكثر على التصنيفات التي قيلت بشأن الحسابات البنكية يراجع :

- فائق محمود الشماع : الحساب المصرفي، م، س، ص 11

(3)- وقد يسمى كذلك بالحساب البسيط أو حساب الإيداع أو حساب التوفير أو الشيكات وغيرها من الحسابات ذات الطبيعة القانونية الأخرى غير الحساب الجاري، أنظر :

- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 239
- سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري، بدون دار النشر، القاهرة، 1970 ص310
- Rodiere(R) et Rives-lange (J.L): Droit bancaire. Op Cit. p94
- Gavalda (C) et Stoufflet (J): Droit de la banque. Op.Cit p242

الحساب العادي لم تجد لها معالجة تفصيلية مستقلة لا في التشريع ولا في التطبيق إلا من خلال عقد وديعة النقود[1].

أما الحساب الجاري فله أسلوبه الخاص في تسوية العمليات التي تدون فيه، وهو في مقدمة الأنظمة التجارية التي أوجدها العرف، وأستقر في شأنه على العديد من الأحكام الخاصة جعلته متميزا عن الأنواع الأخرى من الحسابات[2]، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المغربي لم يعتمد على معيار معين في تصنيفه للحسابات البنكية التي قام بتنظيمها، وإنما قام بوضع تصنيف فريد اعتبر من خلاله أن الحساب البنكي إما أن يكون بالإطلاع أو لأجل[3]، مما يثير التساؤل حول الغاية من هذا التقسيم؟

إن الحساب بالإطلاع هو مفهوم جديد ينفرد فيه المشرع المغربي عن بقية التشريعات الأخرى، ففي حدود ما تمكنا من مطالعته من التشريعات وكذلك ما قام بتحليله الفقه لم نجد ما يشير إلى وجود ما يسمى بالحساب بالإطلاع كما نظمه المشرع المغربي[4]، وإنما وقع الحديث عن حساب الوديعة لدى الطلب والذي يسمى كذلك بحساب الوديعة لدى الإطلاع، وهو أحد أشكال الحساب العادي[5]، وهو حتما ما لم يقصده المشرع المغربي نظرا لأنه نظم قواعد الحساب الجاري تحت تسمية الحساب بالإطلاع، مع خصوصية يتمتع بها الحساب بالإطلاع عن الحساب الجاري تظهر في التعريف الذي وضعه المشرع

(1)- فائق محمود الشماع : الحساب المصرفي، م، س، ص 25

(2)- وبخصوص القواعد التي تحكم الحساب الجاري يمكن الإطلاع على :

- محمد جنكل : العمليات البنكية، الجزء الأول، العمليات البنكية المباشرة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2003 ص 15
- عزيز العكيلي : شرح القانون التجاري، م، س، ص 314 وما بعد
- أكرم ياملكي : الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، م، س، ص 275 وما بعد
- فائق محمود الشماع : الحساب المصرفي، م، س، ص 95 وما بعد
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 261 وما بعد
- محمد لفروجي : العقود البنكية، م، س، ص 86 وما بعد
- Stoufflet (J): Compte courant, Op.Cit.P 3

(3)- نصت المادة 487 من مدونة التجارة على انه " الحساب البنكي، إما حساب بالإطلاع أو حساب لأجل"

(4)- فالمشرع الفرنسي على سبيل المثال أخذ بالتصنيف النوعي للحسابات وكرس نوعين أساسين من الحسابات وهي الحساب العادي أو حساب الوديعة النقدية(compte de depot de fonds)، والحساب الجاري (compt courant)، وهذا التقسيم أخذته العديد من القوانين في العالم عن المشرع الفرنسي وخصوصا التشريعات العربية مثل القانون التجاري المصري والعراقي واللبناني والسوري، وللإطلاع أكثر راجع :

- فائق محمد الشماع : الحساب المصرفي، م، س، ص 22
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 210
- Rodiere(R) et Rives-lange (J.L): Droit bancaie. Op.Cit. p94
- Gavalda (C) et Stoufflet (J): Droit de la banque. Op. Cit. p104

(5)- فائق محمود الشماع: الحساب المصرفي، م، س، ص 184

له في المادة 493 من مدونة التجارة[1]، حيث يلاحظ أنه اعتبره عقد بين البنك والزبون، بينما الحساب الجاري لا يشترط بحسب القاعدة أن يكون أحد طرفيه بنكا، فهو إحدى أهم الوسائل التي يستخدمها التجار لتنظيم العلاقة فيما بينهم.

لهذا فقد ذهب بعض الفقه[2] وعن حق إلى أن الحساب بالإطلاع ما هو في حقيقة الأمر إلا الحساب الجاري الذي يكون أحد طرفيه بنكا، واستخدام المشرع للفظ (بالإطلاع) كان بهدف تميزه عن الحساب الجاري الذي لا يشترط أن يكون أحد طرفيه بنكا حتى لا يعمم تطبيق القواعد القانونية الخاصة بالحساب بالإطلاع على جميع الحسابات الجارية.

وبغض النظر عن الوصف الذي يتخذه الحساب البنكي فإن أهم ما يشترط فيه حتى يستطيع العميل إجراء عمليات التحويل البنكي الإلكتروني عليه أن يكون قابلا للتشغيل، بمعنى أن يستطيع العميل التعامل في الأموال الموجودة فيه فيخرج بذلك من هذا الإطار الحساب لأجل، والذي هو عبارة عن حساب تقيد فيه الودائع الثابتة أي المبالغ التي تودع لدى البنك لمدة معينة ولقاء فائدة محددة تمنح للمودع حسب شروط الاتفاق، ولا يجوز للمودع سحب تلك المبالغ قبل حلول الأجل، الشيء الذي يعني أن هذا الحساب غير قابل للتشغيل طيلة فترة فتحه[3].

وفي الواقع العملي فإن معظم الحسابات البنكية تكون قابلة للتشغيل، فالأفراد لا يلجئون للبنوك لإيداع أموالهم أو للحصول على إئتمان إلا بهدف تسهيل التعامل في الأموال وحمايتها من السرقة والضياع، بل إن تعامل العديد من الأشخاص مع البنوك في وقتنا الحالي يكون بهدف الاستفادة من الخدمات التي يقدمها هذا الأخير للذين يمتلكون حسابات لديه، لهذا فإن الغاية الأساسية من فتح هذا الحسابات هو أن تكون قابلة للتشغيل،

---

(1)- وقد نصت الماد 493 من مدونة التجارة "الحساب بالاطلاع عقد بمقتضاه يتفق البنك مع زبونه على تقييد ديونهما المتبادلة في كشف وحيد على شكل أبواب دائنة ومدينة ، والتي بدمجها يمكن في كل حين استخراج رصيد مؤقت لفائدة أحد الأطراف."

(2)- أنظر على سبيل المثال :

- محمد لفروجي : العقود البنكية، م، س، ص 89
- محمد جنكل : العمليات البنكية،الجزء الأول، م، س، ص 24

وعلى خلاف ذلك نجد أن توجها آخر في الفقه يرى أن المشرع المغربي قام من خلال تعريفه للحساب بالإطلاع بتنظيم كل من الحساب العادي والحساب الجاري في نفس الوقت، ذلك أنهما يجتمعان في نفس الخصائص، فمفرداتهما تندمج في بعضها، والديون فيهما تخضع لمبدأ التجديد، وتجري المقاصة فيما بينها بصورة دورية ويمكن استخراج الرصيد المؤقت في كل حين.

- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في التشريع المغربي والمقارن، ، م، س، ص 401

(3)- وتتجسد أهمية الحساب لأجل في تثبيت وتمثيل قيمة الالتزام المترتب على البنك المودع لديه في مواجهة العميل المودع دون أن يكون لهذا الأخير التصرف بالمبالغ المودعة إلا عند تاريخ الاستحقاق، وقد نظم المشرع المغربي حسابا الوديعة لأجل في المواد 506 – 508 من مدونة التجارة ويلاحظ أن المشرع المغربي لم يقم بتعريفه على خلاف ما فعل بالنسبة للحساب بالإطلاع، أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم يفرد لحساب الوديعة لأجل أي أحكام خاصة وبالتالي فهي تخضع لقواعد إيداع الأموال ضمن الشروط والأحكام المتفق عليها طبقا لما ورد في المادة 115 من القانون التجاري، ولإطلاع أكثر على طبيعة الحساب لأجل يراجع :

- فائق محمود الشماع : الحساب المصرفي، م، س، ص 178

وقد كرس المشرع الفرنسي هذا الواقع وأوجد نوعا جديدا من الحسابات سماه حساب الأداء (compte de paiement) والذي عرفه في المادة (L314-1)[1] من قانون النقد والمالية على أنه " الحساب الذي يفتح باسم شخص أو مجموعة من الأشخاص لاستخدامه لإجراء عمليات الدفع".

ولعل من نافلة القول أن وجود الحساب البنكي وحده غير كاف لإجراء عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، وإنما يجب أن يحتوى هذا الحساب على الرصيد الكافي حتى يستطيع البنك تنفيذ الأوامر الصادر عن الزبون، وقد نصت أغلب عقود التحويل الإلكتروني للأموال على هذا الشرط[2]، وهذا لا يعني أن عدم قيام الزبون بتوفير الرصيد الكافي عند استخدامه لوسائل التحويل الإلكتروني للأموال سيؤدي إلى إيقاع عقوبة عليه كما في حالة إصدار الشيك بدون رصيد، وإنما يكتفي البنك بعدم تنفيذه للأمر الصادر عن الزبون ما لم يسمح له بكشف حسابه[3].

الفقرة الثانية : إبرام عقد ينظم العمل بوسيلة التحويل الإلكتروني

تقوم البنوك عادة بإبرام عقود خاصة بوسائل التحويل الإلكتروني للأموال مع الأشخاص المتعاملين معها، تنظم التعامل بها وتفرغ فيها حقوق وواجبات كل طرف من أطراف العلاقة، ونظرا لأهمية إبرام مثل هذه الاتفاقات لكونها تتعلق بإحدى العمليات الحديثة نجد أن أغلب التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني قد نصت على ضرورة إبرام عقد بهذا الخصوص[4]، فلا يمكن بالتالي للعميل استخدام وسيلة تحويل

(1)- وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (L314-1) من قانون النقد والمالية الفرنسي :

" Est un compte de paiement, un compte détenu au nom d'une ou de plusieurs personnes, utilisé aux fins de l'exécution d'opérations de paiement ".

- Clément (C): Solidarité et compte bancaire, Op.Cit. p 1810

(2)- فمثلا نصت الفقرة 14 من عقد تقديم الخدمات الإلكترونية لبنك الأردن على أنه "يحق للبنك الامتناع عن إجراء أية عملية تحويل أو أمر دفع بأي مبالغ في حالة عدم توفر الرصيد الكافي في حساب العميل في الوقت الذي يتم فيه التحويل"، ونصت الفقرة الأولى من الأحكام العامة لعقد تقديم الخدمات الإلكترونية لبنك الإسكان على أنه " يعلم العميل بأنه من شروط الاستفادة من هذه الخدمات هو أن يكون له حساب أو حسابات مفتوحة لدى البنك ويتعهد العميل بأن يوفر الأرصدة الكافية في حسابه أو حساباته وقت إجرائه لعمليات التحويل المالي الإلكتروني ".

(3)- وفي هذه الحالة يقوم الزبون بسداد المبالغ بالإضافة إلى الفوائد القانونية والمصاريف وغيرها مما يمكن أن يتكلفه البنك، وقد جاء في الفصل 6 من الشروط العامة لبطاقة البنك الشعبي (وفرة) أن " يتعين على صاحب الحساب قبل أي استعمال للشباك الأوتوماتيكي البنكي وتحت مسؤولية التأكد من وجود رصيد كافي ومتيسر في الحساب والحفاظ عليه في حدود المديونية المطبقة".

(4)- فعلى سبيل المثال نصت الفقرة الثانية من المادة 329 من مدونة التجارة المغربية على أنه " تحدد الاتفاقات بين المؤسسة المصدرة وصاحب وسيلة الأداء من جهة وبين المؤسسة المصدرة والتاجر المنخرط من جهة أخرى ، شروط وكيفية استعمال وسائل الأداء ؛ غير أنه يجب أن تحترم هذه الاتفاقات قواعد النظام العام المبينة بعده"، كما نصت المادة 4/أ من التعليمات الصادرة عن البنك المركزي الأردني بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني على أنه " يتفق العميل والبنك على الوسيلة التي ستستخدم في نقل رسالة المعلومات المتعلقة بأمر التحويل الإلكتروني "، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد حدد طريقتين لتنظيم العلاقة بين البنك والزبون في إطار استخدام أدوات التحويل الإلكتروني للأموال فإما تنظم هذه العلاقة من خلال إطار عقدي لوسائل الأداء (-Contrat

لم يتم الاتفاق عليها مع البنك، كما أنه لا يحق للبنك إصدار أي وسيلة لم يتم الاتفاق عليها مع الزبون صاحب الحساب.

والعقد المبرم في هذا الإطار[1] يشترط فيه ما يشترط لصحة بقية العقود من أهلية وتراضي ومحل وسبب، وبمجرد توفر كافة تلك العناصر يمكن للزبون إصدار أوامره باستخدام الوسائل الحديثة التي وضعها البنك رهن إشارته، لكن يطرح التساؤل حول التكييف القانوني لهذا العقد؟

وبالرغم من أن استخدام وسائل التحويل البنكي الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن عمليات التحصيل والوفاء التي يقوم بها البنك في إطار خدمات الخزينة، فقد أثار التكييف القانوني للعقد الذي يتم إبرامه بخصوص بعضها -كالبطاقات البنكية على سبيل المثال- نقاشا فقهيا حادا نتج كما يرى بعض الفقه[2] عن الخصوصية التي تتمتع بها هذه الوسائل في كونها تقوم على مجموعة من العلاقات المتداخلة فيما بينها، مع أن هذا الأمر ليس بالجديد على العمل البنكي والذي يقوم في معظمه على الوساطة بين مختلف القطاعات الاقتصادية والتجارية بشكل خاص، فيمكن ملاحظة أن معظم العمليات البنكية تقوم على وساطة البنك بين عملائه وأطراف أخرى تتعامل معهم، حتى بالنسبة لوسائل الأداء الأخرى فإن البنك يتوسط بين زبونه وطرف أخر لإجراء عمليات الدفع من الحساب المفتوح لديه إلى الطرف المستفيد من عملية الدفع[3].

---

cadre de services de paiement) والذي يتم إبرامه بشرط وجود علاقة سابقة بين البنك والزبون والمتمثلة في عقد فتح حساب الوديعة النقدية، أو عن طريق حساب الدفع (Compte de paiement) والذي لا يخضع لأحكام الوديعة النقدية كما نص عليه المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة (L314-12) من قانون النقد والمالية.

(1)- لم يعرف المشرع المغربي العقد على خلاف ما فعل نظيره الأردني والذي عرفه في المادة 87 من القانون المدني التي جاء فيها " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر "، وقد نص المشرع المغربي على أركان العقد في الفصل الثاني من قانون الإلتزامات والعقود بينما لم يقم المشرع الأردني إيراد نص خاص يتضمن أركان العقد وإنما قام بتحليل هذه الأركان ضمن الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني.

(2)- أنظر على سبيل المثال :
- فايز نعيم رضوان: بطاقات الوفاء، م، س ، ص 250.
- محمد الشافعي: بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص 205
- فداء يحيى الحمود: النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999ص 85
- كيلاني عبدالرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 ص 723
- إبراهيم وليد عودة : النظام القانوني للبطاقات البنكية، م، س، ص 18

(3)- مع أن هناك من الفقه من يرى بأنه قد يتصور في الظاهر أن الوفاء عن طريق الأوراق التجارية يفترض وجود علاقة ثلاثية الأطراف- سواء في الكمبيالة أو في الشيك - بينما لا تخرج في حقيقة الأمر عن كونها تقوم على علاقة ثنائية الأطراف "بين الساحب المدين والمستفيد الدائن" أما الطرف الثالث "المسحوب عليه" فيقتصر دوره على تنفيذ الأمر الصادر إليه من "الساحب" لمصلحة "المستفيد" أي انه يقوم بدور الوكيل عن المدين في الدفع، أنظر في ذلك :
- فايز نعيم رضوان : بطاقات الوفاء، م، س، ص 10

والحقيقة أن تلك الخصوصية التي يتحدث عنها الفقه السابق هي خصوصية ظرفية ظهرت في الوقت الذي لم يكن فيه استخدام تلك الوسائل منتشرا بالشكل الكافي، مما دفع البنوك إلى محاولة إيجاد الطرق التي تكفل رواج استخدامها وتوفر الثقة والأمان للمتعاملين فيها، فنجحت بتوفير هذا الغطاء من خلال اتفاقها مع التجار ومقدمي الخدمات على قبولهم الوفاء بأثمان السلع والخدمات التي يقدمونها باستخدام تلك الوسائل، في مقابل ضمان البنك لهذا الوفاء وفقا لشروط معينة، مما أدى إلى نشوء علاقة ثالثة مستقلة تجمع بين البنك والتاجر يضمن من خلالها الأول الوفاء للثاني مقابل التعامل بالبطاقة البنكية وعمولات محددة، وذلك إلى جانب كل من العلاقة التي تجمع بين البنك والزبون والعلاقة التي تجمع بين الزبون والتاجر.

وفي ظل ذلك قام الفقيه الفرنسي Chabrier بأولى المحاولات الفقهية لوضع تكييف قانوني للعلاقات الناشئة في إطار البطاقات البنكية[1]، حيث قام بدراسة كل علاقة من تلك العلاقات على حدة وحاول وضع تكييف قانوني مستقل لكل واحدة منها بإرجاعها إلى إحدى الأفكار القانونية المنظمة بمقتضى قواعد القانون المدني، إلا أن بعض الفقه[2] انتقد النهج الذي اتبعه الفقيه السابق معتبرين أن استخدام البطاقة البنكية والعلاقات الثلاث الناشئة عنه تشكل نظاما واحدا يجب النظر إليه ككتلة متجانسة لوضع تكييف قانوني يجمع بين ثناياه مختلف تلك العلاقات.

لكن ما يلاحظ أن ما فعله أصحاب هذا التوجه الأخير لا يختلف كثيرا عن الطريقة التي اتبعها Chabrier إذ إنهم انتقوا إحدى العلاقات واعتبروها ممثلة للعلاقة الأساسية في النظام ككل وحاولوا وضع تكييف قانوني بناءا على القواعد القانونية المعروفة في القانون المدني[3].

محمد الشافعي : بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص 32

(1)- أنظر في ذلك :

-Chabrier(P.G): les cartes de crédit. èd.Litec, 1986. p7

- كيلاني عبدالرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 672

- فايز نعيم رضوان : بطاقات الوفاء، م، س، ص 224

(2)- أنظر في ذلك :

- De leyssac (L) : Les cartes de paiement et le droit civil ,Economica,1980 p67

- فايز نعيم رضوان : بطاقات الوفاء، م، س، ص 236.

- محمد الشافعي: بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص 201

(3)- وذلك نظرا لتشابك العلاقات القانونية الناشئة عن البطاقات البنكية، فقد اعتبر هذا التوجه أنه لا يمكن إخضاعها لنظام قانوني واحد من الأنظمة التي وضع لها المشرع أحكاما خاصة بها، بل يكون الحل في إختيار العلاقة القانونية الأساسية التي تسمح بتنفيذ نظام الوفاء الإلكتروني بواسطة البطاقة، وتتمثل هذه العلاقة بالعلاقة التي تجمع بين البنك والتاجر، ولوضع التكييف القانوني المناسب لنظام الوفاء بواسطة البطاقات البنكية، يجب التمييز بين كون البنك يضمن الوفاء أو أنه لا يضمن، فإذا كان البنك يضمن الوفاء يمكن تكييف العلاقة على أنها إنابة في الوفاء، أما إذا لم يكن البنك ضامنا للوفاء فلا يعدو أن يكون مجرد وكيلا عن الزبون في الوفاء أو وكيلا عن التاجر في التحصيل، أنظر في تفصيل هذه الأفكار والانتقادات الموجهة إليها :

- محمد الشافعي: بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص 201 وما بعد

ومع عدم توصل التوجهات السابقة إلى وضع تفسير مقبول لنظام الأداء باستخدام البطاقات البنكية فإن معظم الفقه الحديث[1] يذهب إلى وجوب النظر إلى العلاقات الناشئة عن البطاقات البنكية كنظام واحد وهم بذلك يتفقون مع التوجه السابق، إلا أنهم يختلفون عنه في أنهم يرون أن هذا النظام هو نظام خاص نشأ في بيئة العمل البنكي ولا يمكن وضعه ضمن إطار القانون المدني.

وبالإطلاع على التشريعات التي نظمت استخدام وسائل الأداء الإلكترونية يلاحظ أنها لم تهتم بالتكييف القانوني للعلاقات الناشئة بين الأطراف[2]، بل نجد أن معظمها لم يتطرق سوى للعلاقة الرابطة بين البنك والزبون ولم تشر إطلاقا إلى بقية العلاقات الناشئة في إطارها، وهو ما يدفعنا إلى القول بداية بعدم إمكانية تناول جميع العلاقات الناشئة في إطارها وجمعها في ما يسمى نظام الوفاء، لأن العقود الناشئة بين مختلف الأطراف هي عقود مستقلة عن بعضها البعض ولا ترتب سوى التزامات في ذمة طرفي كل عقد على حدة، لهذا فمن غير المقبول جمع كل تلك العقود والحديث عن نظام الوفاء، وهو ما يتناسب مع التمييز في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بين علاقة البنك بعميله وعلاقته بالبنوك والجهات الأخرى المتدخلة في عملية التحويل.

- كيلاني عبدالرضى محمود :النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان م، س، ص 716 وما بعد

(1)- ويرى أصحاب هذا التوجه أنه من الخطأ محاولة إخضاع البطاقات لأحد القوالب التقليدية الجامدة في القانون المدني، لا لعدم ملائمة هذه القوالب والنظم الخاصة بالبطاقة البنكية، وإنما لعدم ملاءمتها لظروف البيئة التجارية التي أفرزتها البطاقات وخضوعها لعوامل التطور والتجديد، لهذا ستظل البطاقات البنكية مجرد أداة إلكترونية حديثة لتحريك القيود في الحسابات البنكية فالبنك يقوم بالوفاء للتاجر طبقا للعقد الذي يربط بينهما والذي يحدد التزامات كل منهما، كما أن البنك يظل هنا مركز الحسابات البنكية ومقر القيود الواردة عليها، وما البطاقة إلا أداة في يد الحامل ومفتاح للتخاطب بين الحامل وحسابه البنكي تحت رعاية البنك، ويستطيع هذا الأخير عن طريق البطاقة تقديم خدماته لعملائه مثل تسهيلات الخزينة، أنظر في هذا التوجه :

- كيلاني عبدالرضى محمود :النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان م.س .ص: 716 وما بعد
- نزيه الصادق المهدي: نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الإئتمان من الناحية القانونية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الثاني م، س، ص 783.

-Poisson (M.G): Les cartes de paiement émises sous le guide d'un fournisseur, thése. Paris 1985 p10

(2)-أنظر في الأطراف المتدخلة في الوفاء بالبطاقات البنكية:

- محمد المختار السلامي : بطاقات الإئتمان ، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الخامس، م، س، ص2312.
- عبد الحميد البعلي : بطاقات الإئتمان المصرفية، التصوير الفني والتخريج الفقهي، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الثاني م، س، ص.700.
- منظور أحمد حاجي الأزهري : بطاقات السحب النقدي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الأول م، س، ص367.
- محمد عبد الحليم عمر : بطاقات الإئتمان ماهيتها والعلاقات الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانون، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الثاني م، س، ص672

ثم إن التطورات التكنولوجية الحاصلة في ميدان الوفاء باستخدام البطاقات البنكية ومختلف أدوات التحويل الإلكتروني للأموال أدت إلى إحداث تغييرات جذرية في نظامها، فأصبح الحديث عن ضمان الوفاء -وهو أساس العلاقة التي تجمع المستفيد من عملية الأداء بالبنك- أمرا متجاوزا نظرا لان استخدام تلك البطاقات يقوم في وقتنا الحالي على تقنية (on line) بمعنى الربط المباشر بين حساب الزبون والوسيلة المستخدمة في الأداء، فإذا لم يتوفر الرصيد الكافي لدى العميل لتنفيذ العملية فإن عملية الوفاء لن تتم ولن يقبل البنك تنفيذها حتى لو قام المستفيد بجميع الخطوات المتفق عليها بينه وبين البنك، بل إنه يمكن الذهاب أبعد من ذلك بالقول أن العلاقة التي تجمع البنك بالشخص المستفيد من عملية التحويل الإلكتروني سواء باستخدام البطاقة البنكية أو غيرها من وسائل التحويل لا تنشأ إلا بعد تنفيذ عملية التحويل بالنسبة للعميل، أي بعد صدور الأمر بشكل سليم(1).

وحتى في الحالات التي يتطلب فيها قبول البطاقة للوفاء ضرورة الحصول على الإذن من الجهة المصدرة أو المختصة إذا ما كان المبلغ يتعدى حدود المبلغ المتفق عليه بين البنك والعميل، فإن هذا الإذن سيكون بشكل فوري وإلكتروني(2)، لذلك فإن علاقة كل طرف بالآخر سيحكمها العقد الرابط بينهما ولا أثر للعلاقة التي تجمع الأطراف الأخرى

---

(1)- يرى بعض الفقه أن التزام البنك في مواجهة التاجر بتسديد قيمة المشتريات والخدمات المنفذة بواسطة البطاقة البنكية ينشأ بمجرد إبرام الاتفاقية بين البنك والتاجر حيث يلتزم البنك بالوفاء للتاجر بجميع العمليات التي تتم باستخدام البطاقة طالما قام التاجر بما عليه من التزامات، لكن ما يمكن ملاحظته أن هذا الالتزام لا يعتبر مستقلا بشكل تام عن الإلتزامات المتبادلة في إطار العلاقة الرابطة بين البنك والعميل حامل البطاقة كما كان الفقه يرى في مرحلة ما، فيمكن تلخيص العملية في أن التاجر يقوم بتمرير البطاقة على أحد الأجهزة الخاصة التي تحتوي على شاشة و التي تكون متصلة بالبنك بشكل مباشر، وعند توفر الزبون على رصيد كافي في حسابه سواء كان هذا الرصيد ناتج عن وديعة أو اعتماد أو حتى مجرد اعتماد عرضي، فتظهر على شاشة الجهاز رسالة مفادها قبول البنك للوفاء بالبطاقة وقبوله سداد المبالغ المنفذة بواسطتها للتاجر، وفي المقابل تظهر على شاشة الجهاز رسالة مفادها عدم قبول هذه البطاقة إذا لم يتوفر الزبون على رصيد كافي في حسابه أو في الحالة التي لا يتم فيها استخدام البطاقة بشكل صحيح أو مشروع، ومن هنا أصبح ضمان وفاء البنك للتاجر يتم بشكل لاحق لاستخدام البطاقة البنكية وبعد أن يقوم التاجر بالالتزامات المحددة في العقد المبرم بينه وبين البنك وليس بشكل مسبق، وهو ما يبرر القول بعدم إمكانية الربط بين مختلف العلاقات الناشئة في ظل استخدام البطاقات البنكية والحديث عما يسمى نظام الوفاء، أنظر :

- كيلاني عبدالراضي محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان م، س، ص672
- فداء يحي الحمود : النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، م، س، ص76 وما يليها
- محمد الشافعي: بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م.س. ص 185
- ممدوح خليل البحر وعدنان أحمد ولي العزاوي : بطاقات الإئتمان والآثار القانونية المترتبة بموجبها دراسة قانونية مقارنة،بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الثاني م، س، ص1003

(2)- ويقصد بضمان الأساس حدود المبالغ التي يضمن البنك للتاجر وفائها عند استخدام البطاقة البنكية في الوفاء، وهو يمثل الالتزام الرئيسي للبنك في مواجهة التاجر، وكما سبق ولاحظنا فقد أصبح هذا الالتزام لاحقا لاستخدام البطاقة البنكية وليس سابقا له نتيجة الاعتماد على التكنولوجيا الحديثة في الربط المباشر بين حساب الزبون والجهاز الذي يستخدم لإصدار أوامر التحويل، إلا أنه ومع ذلك فقد يتطلب استخدام بعض أنواع البطاقات البنكية وفي بعض الحالات الاتصال بالبنك للحصول على الإذن باستخدامها للوفاء، ويتم هذا الاتصال بشكل فوري والكتروني.

به، بما يجعل العلاقة بين البنك والتاجر تتمتع باستقلالية مطلقة عن العلاقة الرابطة بين البنك والزبون.

لهذا يجب الأخذ بعين الاعتبار عند محاولة تكييف العقد الرابط بين البنك والزبون بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني استقلاليته عن بقية العقود الأخرى حتى لو كانت هذه العقود ترتبط بشكل أو بآخر بأداة التحويل التي يستخدمها العميل[1]، ويجب أن يتم ذلك من منطلق أن الغاية من العقد الذي يربط البنك بعميله ليست هي إنشاء علاقة جديدة بقدر ما هي استمرارية لعلاقة سابقة تجمع بين الطرفين والمتمثلة في فتح الحساب، فمن غير الممكن إبرام مثل هذا العقد دون وجود حساب للعميل لدى البنك المصدر للبطاقة أو أداة التحويل، سواء فتح هذا الحساب لإيداع أموال أو للحصول على اعتماد مما يجعل منه عقدا تابعا وليس أصليا.

لهذا فهو عقد غير مسمى يهدف إلى تنظيم العمل بوسيلة تعطي للزبون القدرة على إصدار أوامره للبنك لإجراء عمليات على الحساب، وهو لا يختلف عن باقي وسائل الأداء التقليدية مثل الشيك والتحويل البنكي التقليدي على الرغم من عدم إبرام عقود بشأنها[2]، وبالتالي يمكن القول أن العقد بحد ذاته ليس غاية يمكن وضع تكييف قانوني مسبق لها وإنما هو وسيلة تمكن الزبون من إجراء عمليات متعددة على حسابه المفتوح لدى البنك من ضمنها عمليات التحويل أو الدفع.

إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن هذا العقد قد يتضمن عمليات يمكن أن تنطبق عليها بعض القواعد الخاصة بأحد العقود المسماة الواردة في القانون المدني، فتخويل البنك بإجراء عمليات الوفاء أو إجراء القيود على الحساب بناءا على الأمر الصادر من طرف

---

(1)- وحتى في الحالات التي لا يوجد فيها الحساب المفتوح للعميل لدى البنك بشكل مسبق عن العلاقة التعاقدية الخاصة بوسائل التحويل البنكي الإلكتروني، فإن الإتفاق على استخدام إحدى وسائل التحويل الإلكتروني للأموال يترتب عنه بالضرورة قيام البنك بفتح حساب للزبون لتسجيل جميع العمليات التي تتم بواسطتها، وهذا الأمر لا يقدح في كون أدوات التحويل تلك مجرد وسائل للتعامل في الحساب ولا يمكن استخدامها بشكل مستقل عن هذا الحساب، للتوسع أكثر في هذه الحالات أنظر :

- فايز نعيم رضوان: بطاقات الوفاء، م، س، ص 265
- ممدوح خليل البحر ، وعدنان أحمد ولي العزاوي : بطاقات الإئتمان والآثار القانونية المترتبة بموجبها، م، س، ص 1021
- فداء يحيى الحمود: النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، م، س، ص 38
- محمد الشافعي: بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص 72

(2)- ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض الفقه يكيف البطاقات البنكية على أنها أوراق تجارية تضاف إلى الكمبيالة والسند لأمر والشيك، معللين ذلك بأن التشريعات لم تذكر الأوراق التجارية على سبيل الحصر، وبالتالي فإن البطاقات البنكية تعتبر ورقة تجارية وليدة الأعراف وقبلت كأداة وفاء في المعاملات وليس هناك من ينكر قبولها واستقرار وديمومة الأعراف الخاصة بها، وهذا الاتجاه لا ينكر أنه من خصائص الأوراق التجارية قابليتها للتداول بالتظهير أو بالمناولة في حين البطاقة البنكية إجمالا لا يمكن التنازل عنها، وهي قطعا لا تتضمن بيانات إلزامية محددة كما هو عليه الحال في الأوراق التجارية الأخرى.

- ممدوح خليل البحر وعدنان أحمد ولي العزاوي : م، س، ص 1004

الزبون على سبيل المثال يقترب كثيرا من فكرة الوكالة[1]، حيث يقوم البنك بصفته وكيلا بتنفيذ الأمر الصادر عن الزبون الموكل بقيامه بالوفاء للمستفيد بالمبالغ التي تم تحديديها بالأمر، فمن خلال الإطلاع على عقود خدمات التحويل البنكي الإلكتروني يلاحظ أنها تتضمن شرطا يخول بموجبه الزبون للبنك بإجراء القيود على حسابه عند استخدام أداة التحويل المتفق عليها بين الأطراف[2]، فهو بمثابة وكالة من طرف العميل للبنك الذي يمسك حسابه بإجراء تلك القيود بعد استخدام أداة التحويل.

ولعل أبرز ما يميز عمليات التحويل البنكي الإلكتروني عن غيرها من الخدمات التي يقدمها البنك على خزينة العميل والتي يتصرف فيها كوكيل عن هذا الأخير هو ضرورة قيام الأطراف بتنظيم العلاقة فيما بينهما من خلال إبرام العقد الذي يلتزم بموجبه البنك بتقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني، ويلتزم بموجبه بوضع مجموعة من الوسائل تحت تصرف زبونه حتى يستطيع هذا الأخير من خلالها إصدار مختلف أوامر التحويل للبنك الذي يلتزم بتنفيذها عند توصله بها.

المطلب الثاني

إجراءات التحويل البنكي الإلكتروني والآثار القانونية الناتجة عنها

يتسع مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني ليشمل جميع العمليات التي يجريها العميل باستخدام أداة إلكترونية وضعها البنك تحت تصرفه للتعامل في الأموال الموجودة في حسابه، لهذا فإن وصف هذه العمليات بكونها إلكترونية جاء نتيجة استخدام العميل لوسائل إلكترونية للتواصل مع البنك الذي يمسك حسابه، بهدف سحب أو إيداع أو نقل أموال من حساب إلى آخر، ففي مختلف عمليات التحويل البنكي الإلكتروني يقوم الزبون باستخدام وسيلة إلكترونية لإصدار أمره للبنك (الفقرة الأولى)، وبعد أن يتوصل البنك بهذا الأمر فإنه يشرع في تنفيذ (الفقرة الثانية).

---

(1)- وقد نظم المشرع المغربي الوكالة في الفصول 879- 942 من قانون الإلتزامات والعقود، أما المشرع الأردني فقد نظمها في المواد 833- 867 من القانون المدني.

(2)- فقد جاء في الفقرة الثانية من الفصل السابع من نماذج عقود بطاقات فيزا و فيزا كلاسيك وروبي ماستر كارد الصادرة عن مصرف المغرب أنه " يأذن صاحب الحساب لمصرف المغرب بتسجيل في مدينية حسابه مبلغ كل معاملة متولدة من إستعمال البطاقة ..."، وقد نصت الفقرة الثانية من الفصل الثامن من نموذج عقد بطاقة مايسطرو التابعة لمصرف المغرب أنه " إن صاحب الحساب الذي سلمت له البطاقة في إطاره يرخص للبنك بأن يقيد في مدينية حسابه هذا مجموع مبلغ المعاملات المقام بها بواسطة البطاقة..."، ونصت المادة 2 من شروط الاشتراك في القنوات الإلكترونية لبنك الأردن أنه " يقر العميل ويوافق على أية قيود يجريها البنك بأية مبالغ ناتجة عن الاشتراك في القناة الإلكترونية والاستفادة من الخدمات المقدمة من خلال هذه القناة"، ونصت المادة 20 من الشروط والأحكام المتعلقة بالعمليات المصرفية الإلكترونية لخدمات إسكان أون لاين التابعة لبنك الإسكان أنه " يفوض العميل البنك بأن يقيد على حساباته أي عمليات مالية تنفذ بواسطة هذه الخدمة وعبر الإنترنت...".

الفقرة الأولى : صدور أمر أو إذن بواسطة إحدى الوسائل الإلكترونية

تبدأ إجراءات التحويل البنكي الإلكتروني بصدور أمر من طرف الزبون باستخدام أداة الكترونية يضعها البنك تحت تصرفه(أولا)، وبعد صدور هذا الأمر يثار الإشكال حول مدى إمكانية رجوع العميل عنه قبل قيام البنك بتنفيذه (ثانيا).

أولا : استخدام أداة إلكترونية لإصدار الأمر

تشمل أدوات التحويل البنكي الإلكتروني جميع الوسائل التي تمكن الزبون من توصيل رسالة المعلومات التي تتضمن الأمر للبنك الذي يمسك حسابه بشكل إلكتروني، وقد أعطت التشريعات التي نظمت التحويل البنكي الإلكتروني أمثلة على الوسائل المستخدمة فيها[1]، فهي تشمل على سبيل المثال لا الحصر، البطاقات البنكية بشتى أنواعها والتي لا يمكن استخدامها إلا إذا تم تمريرها عبر أحد المطارف الإلكترونية (Electronic Terminal) مثل الشبابيك الآلية للبنوك (ATM)[2] والأجهزة المستخدمة للوفاء عند نقاط

(1)- نصت المادة الثانية من التعليمات الصادرة عن البنك المركزي الأردني أن الوسائل الإلكترونية المستخدمة لإجراء عمليات التحويل تشمل "... أي وسيلة إلكترونية يتم الإتفاق بين العميل بين والبنك على استعمالها بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، ما يلي: – وحدات التحويل الإلكترونية. – الإيداع والسحب المباشر للأموال من خلال وحدات الصراف الآلي (ATM). – التحويل المنشأ عن طريق الهاتف. – التحويلات التي تنشأ عن حركات بطاقات الائتمان. – التحويلات التي تنشأ بواسطة الإنترنت."، وقد عرفت الفقرة (د) من المادة الأولى من نفس التعليمات وحدة التحويل الإلكتروني على أنها "... أي أداة إلكترونية، يمكن من خلالها إنشاء أمر تحويل إلكتروني للأموال بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، وحدات الصراف الآلي (ATM) ووحدات الدفع الإلكتروني عند نقطة البيع (Terminals - Point - of - Sale) " ، أنظر كذلك المادة الأولى من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي وكذلك الفقرة السادسة من المادة 903 من قانون التحويل الإلكتروني الأمريكي، والمادة الأولى من قانون التحويل الإلكتروني للأموال البلجيكي.

(2)- اختصار ل (Automated Teller Machines) وباللغة الفرنسية (Guiechets Automatiques de Banques) أو (GAB) ويقصد بها أجهزة الصراف الآلي، والتي توفر للعملاء إمكانية إجراء مجموعة من العمليات دون حاجة إلى التعامل مع البنك أو موظفيه بشكل مباشر، وقد تم تطوير العديد من الخدمات التي تقدم بواسطة هذه الأجهزة من بينها سحب الأموال وإيداعها في الحساب، وتحويل الأموال من حساب إلى آخر، وإيداع الشيكات لدى البنك للتحصيل، وبالإضافة إلى خدمات أخرى كشحن وتفريغ وحدات النقود الإلكترونية في البطاقات أو أجهزة الهاتف المحمول، ودفع فواتير خدمات الماء والكهرباء والهاتف والإنترنت....الخ، وهذه النوع من الأجهزة يكون مرتبطا بشكل مباشر بالحاسب المركزي للبنك الذي يتضمن حسابات العملاء، لهذا فإن أي عملية يقوم العميل بإجرائها باستخدام هذه الجهاز يتم قيدها بكل مباشر في الحساب، وتمثل هذه الأجهزة الجيل الثاني لأجهزة الصراف الآلي المطورة عن الجيل الأول والذي يختصر على تسميته باللغة الفرنسية (DAB) أو الموزع الآلي للنقود (Distributeurs Automatiques des Billets) والذي لم يكن يسمح للعميل سوى بسحب النقود فقط من حسابه ودون أن يكون الجهاز مربطا بشكل مباشر بالحاسب المركزي للبنك، أنظر:

- منظور أحمد حاجي الأزهري : بطاقة السحب النقدي (ATM Card)، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الأول، م، س، ص 355
- Thomas (R.M): planning d'implantation et organisation d'un réseau de GAB. R banque. oct 1983 P17
- Bernard (P): Informatisation des guichets et agences de banque. R. banque. n431. 1982.P422

البيع الموجودة لدى التجار اللذين يقبلون البطاقات البنكية (TPS)[1] أو عند استخدامها عبر الإنترنت باستخدام الأرقام الظاهرة عليها، كما تشمل وسائل التحويل البنكي الإلكتروني كذلك جميع الوسائل التي تمكن من الوصول للحساب عبر شبكة الإنترنت[2]، بالإضافة إلى أجهزة الهاتف الثابت أو المحمول التي يستطيع الزبون من خلالها تحريك الأموال في حسابه[3].

(1)- اختصارا ل (Terminals - Point - of - Sale) وباللغة الفرنسية (Terminaux de Paiement Electronic) أو (TPE) وقد يطلق عليها كذلك (Terminaux Point de Vent) أو (TPV) وهي عبارة عن أجهزة يقوم البنك بمنحها للتجار الذين يقبلون أدوات التحويل الإلكتروني لأموال في الوفاء، وتحتوي تلك الأجهزة قارئ لأشرطة المغناطيسية والدوائر الإلكترونية المرتبطة بأدوات التحويل الإلكتروني لأموال، وهي تمكن العميل من إدخال الأرقام السرية الخاصة به، وتشتمل على شاشة وتكون متصلة بالحاسب المركزي للبنك بشكل مباشر، وتمكن هذه الأجهزة من تبادل رسائل المعلومات بين البنك والتاجر بشكل مباشر ، تتضمن كل ما يخص عملية الوفاء باستخدام أداة التحويل من قبيل الرقابة على صحة الرقم السري ومدى توفر الزبون على رصيد كافي في الحساب، أنظر :

- كيلاني عبدالرضي محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م.س.ص114

- Bertrand (A) et Ledech (Ph): La pratique du droit des cartes. R. Banque 1989..p37..

(2)- واستخدام الإنترنت لإجراء عمليات التحويل الإلكتروني للأموال يتم بعدة وسائل، من بينها استخدام البطاقات التي يصدرها البنك للشراء والاستفادة من مختلف الخدمات عبر الإنترنت، ويقوم العميل في هذه الحالة بإدخال الأرقام البارزة على ظهر البطاقة في الخانة المخصصة لذلك في الموقع الإلكتروني للتاجر أو عبر وسيط معين، ويقوم التاجر أو الوسيط باستخدام هذا الرقم للتأكد من صحة البطاقة وكفاية الرصيد في الحساب من خلال مراسلة البنك الذي يمسكه، بالإضافة إلى ذلك قد يتم استخدام الإنترنت لإجراء عمليات التحويل الإلكتروني للأموال من خلال ولوج العميل إلى الموقع الإلكتروني للبنك الذي يمسك حسابه على شبكة الإنترنت (إذا ما كان البنك يملك موقعا وكان العميل مشتركا في هذه الخدمة)، إما بواسطة إسم المستخدم والرقم السري الذي يقوم البنك بتزويد العميل به أو بواسطة رقم البطاقة والرقم السري ، ومن ثم يستطيع العميل الدخول لحسابه وإجراء مختلف عمليات التحويل، أنظر في ذلك :

- محمود محمد إبراهيم أبوفروة : الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، م، س، ص 7 وما بعد

- بلال عبد المطلب بدوي: البنوك الإلكترونية، ماهيتها، معاملاتها والمشاكل التي تثيرها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس القاهرة، عدد 1 لسنة 2004 ص 94 وما بعد

- منير وممدوح الجنبيهي: البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005 ص 5 ما بعد

- محمود إبراهيم الشرقاوي: مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الإعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الأول، ص 17 وما بعد

(3)- ويستخدم الهاتف الثابت لإجراء عمليات التحويل من خلال ما يطلق عليه (البنك الناطق) حيث يتم التفاعل بين البنك والعميل من خلال إتباع مجموعة من الخطوات التي تستلزم إدخال بعض الأرقام بواسطة لوحة مفاتيح الهاتف، أما بالنسبة لفكرة استخدام الهاتف النقال لإجراء عمليات التحويل الإلكتروني للأموال فهي تقوم على تمكين العميل من التعامل بحسابه من أي مكان وفي أي وقت باستخدام جهاز= – الهاتف الخاص من خلال بعض التقنيات الخاصة كتقنية (WAP) أو (Wireless application protocole)، أو من خلال الولوج إلى الإنترنت كما لو تم استخدام الحاسب العادي، ويستطيع الزبون من خلال ذلك الحصول على العديد من الخدمات المعلوماتية كالاستعلام عن الأرصدة والاطلاع على عروض المصارف وأسعار العملات والفوائد ومعدلاتها والاستشارات والنصائح بشان القروض والتسهيلات ومواقع البنك الفعلية ودوائره وغير ذلك من خدمات استعلامية ، كما تشمل الخدمات المالية كتحويل النقود من حساب إلى حساب وخدمات الدفع النقدي، أنظر في ذلك :

- يونس عرب : البنوك الخلوية، مقال منشور في موقع عرب للقانون www.arablaw.org

- محمود ابراهيم الشرقاوي: مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، م، س، ص 40

ولا يشترط أن تكون أداة التحويل البنكي الإلكتروني متمثلة في جسم مادي كالبطاقات البنكية على سبيل المثال، بل يمكن أن تقتصر على مجموعة من الرموز والبيانات طالما يستطيع العميل استخدامها للوصول إلى حسابه عبر أحد الأجهزة الإلكترونية المختلفة كالحاسب الآلي، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن أدوات التحويل المختلفة تتضمن من الخصائص ما يجعل منها وسيلة للتعرف على شخصية الزبون مصدر الأمر وذلك من خلال ارتباط استخدامها بضرورة استعمال أرقام أو رموز يفترض سريتها، بحيث لا يستطيع أي شخص استخدامها بمعزل عن الرمز السري الخاص بها[1].

والحقيقة أن مفهوم أداة التحويل لا يشمل فقط الجسم المادي الذي يستخدم لإصدار الأمر، إنما يشمل جميع العناصر التي تستخدم مجتمعة للوصول للحساب أو لإصدار الأمر بالتحويل، كالبطاقة البنكية والرمز السري الخاص بها بالإضافة إلى جميع الخطوات التي يتبعها الزبون لتوصيل أمر التحويل للبنك، فيلاحظ مثلا المشرع الفرنسي عرف في الفقرة الثالثة من المادة (L133-4) من قانون النقد والمالية أداة الدفع بأنها الأداة نفسها بالإضافة إلى أي جهاز شخصي أو رمز سري وكذلك جميع الإجراءات المتفق عليها بين الزبون ومقدم خدمات الدفع لتوصيل أمر الدفع لهذا الأخير[2].

وأمر التحويل عبارة عن رسالة إلكترونية يتم إصدارها استخدام العميل لأداة التحويل التي وضعها البنك رهن إشارته، وتتضمن هذه الرسالة المعلومات المتعلقة بالعملية المراد من البنك تنفيذها، وعادة ما يتوصل البنك بالأمر الصادر عن الزبون بشكل مباشر، حيث

- Al-ja'afar (R): IT systems evaluation process in local and foreign banks operating in Jordan and its effect on their effectiveness, Thesis, Master, faculty of Graduate studies, University of Jordan, 2005, P22

(1)- وبالإضافة إلى أداة التحويل التي يتم الإتفاق عليها بين البنك والزبون المتمثلة في صورة مادية كالبطاقة البنكية أو في صورة رموز وأرقام، قد يقوم البنك بتزويد عميله بأجهزة مختلفة الهدف منها الزيادة في حماية البيانات والمعطيات التي يقوم كل من البنك والزبون بتداولها عبر شبكة الإنترنت المفتوحة، فعلى سبيل المثال يتطلب استخدام بعض خدمات التحويل الإلكتروني عبر الإنترنت استخدام أسلوب كلمة السر التي لا تتكرر وذلك من خلال استخدام جهاز يسمى جهاز التوثيق أو الشاهد، هذا الجهاز يكون متصلا بالبنك في حالة تشغيله، فإذا أراد العميل القيام بأي عملية من العمليات التي تؤثر في ذمته المالية يقوم باستخراج كلمة السر اللازمة لذلك من الجهاز بالضغط على أحد مفاتيحه فتظهر له الكلمة بشكل مقروء على شاشة الجهاز، ثم يقوم بإدخالها في الخانة المخصصة لذلك على شاشة الكمبيوتر لتتم بذلك العملية المطلوبة، وقد سميت هذه الطريقة بكلمة السر التي لا تتكرر لأن كلمة السر المستخرجة من جهاز التوثيق لا تكون صالحة إلا لعملية واحدة وخلال مدة محددة في دقيقة واحدة فقط.

- محمود محمد إبراهيم أبوفروة : الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، م، س، ص 44 وما بعد

(2)- وقد جاء نص هذه المادة كالآتي :

"Un instrument de paiement s'entend, alternativement ou cumulativement, de tout dispositif personnalisé et de l'ensemble de procédures convenu entre l'utilisateur de services de paiement et le prestataire de services de paiement et auquel l'utilisateur de services de paiement a recours pour donner un ordre de paiement"

يقوم الزبون بإصدار أمره للبنك لسحب أو إيداع مبالغ مالية في حسابه أو برغبته في نقل مبلغ من النقود من حسابه إلى حساب آخر يحدده[1].

لكن في حالات أخرى قد يتوصل البنك بالأمر الصادر عن زبونه من خلال طرف آخر تجمعه علاقة بالزبون، وقد يكون هذا الطرف هو المستفيد من عملية التحويل، أو وسيط بين كل من الزبون الآمر بالتحويل والمستفيد، كما في الحالات التي يتم فيها استخدام أدوات التحويل للأداء لدى التجار أو عبر الإنترنت[2]، فالأمر في هذه الحالة ينقل عبر الشخص المستفيد أو وسيط يتكلف بنقل الأمر للبنك الذي يمسك حساب الزبون[3].

وتجدر الإشارة إلى أن البعض[4] يرى بأن العمليات التي تتم من خلال أدوات التحويل البنكي الإلكتروني تعتبر بمثابة تصرفات قانونية يشترط لنفاذها ما يشترط في جميع التصرفات القانونية من رضا وأهلية ومحل وسبب، فالأمر في حد ذاته يعتبر بمثابة الإيجاب الصادر عن الزبون، من خلال تشبيه الأمر بالتحويل الذي يستطيع الزبون إصداره في إطار خدمات الخزينة بالأمر الذي يصدر باستخدام أداة للتحويل البنكي الإلكتروني.

ولعل هناك تشابه كبير بين أوامر التحويل العادية وأوامر التحويل الإلكترونية، فكلاهما يشكل أمرا حقيقيا يصدر عن العميل الذي يكون له ممارسة سلطة يتوفر عليها من عقد سابق تم إبرامه مع البنك، وقد يقتصر الأمر على عقد فتح الحساب في حالة الخدمات المقدمة على خزينة الزبون، بينما قد يتطلب الأمر إبرام عقد جديد في حالات تستدعي وجود تنظيم خاص لاستخدام وسائل التحويل، وفي كلتا الحالتين تعتبر أدوات التحويل وسائل للتصرف في الحساب المفتوح لدى البنك.

فاستخدام وسائل التحويل إنما يعبر عن رغبة الزبون في إجراء العملية المقصودة ولا يعبر عن رغبته في إجراء تعاقد جديد، ولا يعتبر البنك الذي يصل إليه الأمر في

---

(1)- أنظر في نفس المعنى :

- Martin (D-R): Analyse juridique du règlement par carte de payement, Rev Dalloz. 1987. Chron. 51.

(2)- ففي عمليات الوفاء التي تتم بواسطة البطاقات البنكية يتم نقل أمر التحويل من خلال الجهاز الذي يمتلكه التاجر للبنك، وبالإضافة إلى ذلك يوجد العديد من الوسطاء عبر شبكة الإنترنت تتمثل مهمتهم في الوساطة بين التاجر والشخص الآمر بالتحويل حيث يقوم الزبون بتزويدهم برقم حسابه أو رقم بطاقته البنكية لاستخلاص أثمان السلع والخدمات، ومن ثم يقوم هذا الوسيط بإرسال تلك الأموال للتاجر مقابل عمولة، أنظر في بعض أنظمة التحويل عبر الإنترنت :

- محمود السيد خيال : الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 ص 153

- عدنان إبراهيم سرحان : الوفاء (الدفع) الإلكتروني، م، س، ص 271

(3)- وقد قام المشرع الفرنسي بتفصيل هذه الحالات وذلك في الفقرة الثانية من المادة (L133-3) من قانون النقد والمالية.

(4)- أنظر في ذلك :

- محمد عمر ذوابة : عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، م، س، ص 56 وما بعد

-عبد الكريم فوزي القدومي : أثر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على عمليات البنوك، م س، ص 70 وما بعد

مركز متلقي الإيجاب وينتظر منه القبول، لكنه يقوم بتنفيذ التزام التزم به بموجب عقد سابق[1]، وحتى في الحالة التي يرفض فيها البنك تنفيذ الأمر الصادر عن العميل في بعض الظروف (كعدم كفاية الرصيد)، فإن ذلك لا يعني أن البنك هنا يمارس حقه الرضائي، إنما نكون أمام ممارسة إحدى الحقوق التي يكفلها العقد الذي تم إبرامه سابقا بين الطرفين.

ثانيا : مدى إمكانية الرجوع عن الأمر الصادر باستخدام أداة التحويل الإلكتروني

بمجرد توصل البنك برسالة المعلومات التي تتضمن أمر التحويل الإلكتروني الصادر عن العميل يشرع بالتنفيذ في الوقت والشكل المتفق عليه، وقد يكون هذا التنفيذ فوريا في بعض الحالات التي لا تتجاوز آثارها نطاق العلاقة الرابطة بين البنك والزبون، كعمليات الإيداع والسحب النقدي للأموال وشحن وتفريغ محافظ النقد الإلكتروني، وفي المقابل قد يتطلب تنفيذ عمليات أخرى وقتا أطول كعمليات نقل أموال من حساب إلى آخر أو استخدام أدوات التحويل للأداء، ففي هذه الحالات توجد فترة فاصلة بين صدور الأمر من طرف الزبون وقيام البنك بتنفيذه[2]، ويطرح التساؤل هنا هل يمكن للعميل الرجوع عن الأمر الذي أصدره؟ أم أن الأمر يصبح ملزما له ونهائيا بمجرد صدوره؟

نشير بداية أن عمليات نقل الأموال من حساب إلى آخر بغض النظر عن الوسيلة والشكل الذي جاء فيه الأمر الصادر عن العميل تفترض ولو نظريا وجود علاقات متعددة تجمع بين مختلف أطرافها، فهناك العميل الذي أصدر الأمر[3]، والبنك الذي يمسك حسابه،

---

(1)- أنظر في ذلك :
- سلمان بونياب : النقل المصرفي، م، س، ص 82

(2)- وبالإضافة إلى ذلك قد يتفق كل من البنك والعميل على إجراء مجموعة من عمليات التحويل الإلكتروني بشكل دوري أو متتابع، حيث نجد أن المشرع الفرنسي نص في الفقرة الثانية من المادة (L133-6) من قانون النقد والمالية على أنه يسمح بإجراء سلسلة من عمليات الدفع إذا ما أعطى الزبون الموافقة على ذلك، وفي هذه الحالة يجوز الرجوع عن أمر تنفيذ سلسلة من عمليات الدفع دون أي شرط مع اعتبار جميع العمليات التي تتم بعد إلغاء الأمر من طرف الزبون غير مصرح بها، المادة (L133-7) من قانون النقد والمالية.

(3)- وصدور أمر التحويل وفقا للشكل المتفق عليه وبعد القيام بجميع الإجراءات واحترام جميع الإلتزامات الملقاة على عاتق الأطراف يجعل الأمر نافذا لصالح الشخص المستفيد، ويصبح لهذا الأخير حق في مواجهة البنك بالمبالغ المالية التي تضمنها الأمر ، لكن ما يلاحظ أن في إطار استخدام بعض أدوات التحويل في الوفاء يرى الفقه أن التزام البك بالوفاء لتاجر منشأه العقد الرابط بينهما وليس الأمر الصادر عن الزبون باعتباره ضامنا للوفاء بالمبالغ المالية التي تمت باستخدام البطاقة البنكية، والحقيقة أن استخدام البطاقات البنكية أو غيرها من وسائل التحويل لإجراء عمليات نقل الأموال لا يختلف عن عمليات النقل التقليدي ، فمتى صدر أمر التحويل من طرف الزبون سواء بواسطة البطاقة البنكية أو بشكل كتابي فإن المبالغ المالية التي تضمنها أمر التحويل تصبح من حق المستفيد بغض النظر عن كون البنك ضامنا للوفاء من عدمه، وبالتالي فإن حق المستفيد في المبالغ المالية تلك يكون مصدره الأمر الصادر عن الزبون، وللمقارنة بين التحويل بين الحسابات والتحويل بواسطة البطاقة البنكية، أنظر :
- سلمان بونياب : النقل المصرفي، م، س، ص 101 وما بعد
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 210
- فايز نعيم رضوان : بطاقات الوفاء، م، س، ص 259

وأخيرا المستفيد من عملية النقل[1]، وكل طرف من أطراف هذه العلاقات يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة، فالزبون والذي يمتلك حسابا لدى البنك يسعى لضمان مصالحه قبل إجراء عملية الوفاء أو النقل، بينما يسعى المستفيد لضمان الحصول على ثمن ما قدمه للزبون من سلع أو خدمات، أما البنك فمن مصلحته أن يبقى بعيدا عن أي نزاع قد يحدث بين الزبون والمستفيد.

وقد وجدت بعض التشريعات التي نظمت بعض عمليات التحويل البنكي الإلكتروني أن حماية مختلف تلك المصالح وتحقيق استقرار المعاملات يقتضي منع الشخص الذي أصدر أمر التحويل بالرجوع عن أمره هذا متى كان ناجزا، فوضعت مبدءاً مفاده عدم إمكانية الرجوع عن الأمر بالأداء أو بالتحويل الصادر من العميل[2]، وبذلك أضفت طابع التجريد على الأمر الصادر عن الزبون مقارنة بالعلاقة الأساسية القائمة بينه وبين المستفيد وخرجت عن القواعد العامة للوكالة[3].

وقد تبنى التشريع المغربي هذا المبدأ أسوة بالتشريع الفرنسي القديم في نطاق الأداء بواسطة البطاقات البنكية[4]، فنص في المادة 330 من مدونة التجارة على أن الأمر

---

(1)- وقد تتدخل أطراف أخرى في عمليات نقل الأموال من حساب إلى حساب لكن حتى يتم تحديد جميع المتدخلين يجب التمييز بين حالتين، إذا ما جاءت هذه العمليات في إطار الوفاء باستخدام أدوات التحويل فإن النقل بين بنوك متعددة يتم من خلال شبكة خاصة تكون تلك البنوك مشتركة فيها ضمن نظام واحد للتحويل الإلكتروني كنظام الإنتربنك أو بواسطة جهاز يختص بتنظيم تلك العمليات كما هو الأمر في المغرب (CMI)، أما إذا كانت هذه العمليات مجرد عمليات نقل بسيط من حساب إلى آخر تمت باستخدام أحد وسائل التحويل الإلكتروني للأموال ودون أن ترتبط بعمليات الوفاء أو الدفع، فإنه في هذه الحالة تتشابه هذه العملية مع عملية التحويل العادي بين الحسابات، وقد تتم عملية النقل في هذه الحالة بتدخل بنوك متعددة من بينها بنك المستفيد بالإضافة إلى البنك الوسيط في حالات أخرى، أنظر في أشكال عمليات التحويل :

- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 203 وما بعد
- عزيز العكيلي : شرح القانون التجاري، م، س،ص 351
- محمد لفروجي : العقود البنكية، م، س، ص 279

(2)- فالمشرع التونسي على سبيل المثال نص في المادة 12 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال على أنه لا يجوز للعميل أن يرجع في الإذن بالتحويل الذي يتم إجراؤه بواسطة أداة تحويل إلكتروني.

(3)- فالأمر الذي يصدر باستخدام أداة التحويل البنكي الإلكتروني ما هو إلا توكيل من العميل للبنك بالقيام بالعمليات التي يتضمنها، والوكالة قابلة للرجوع فيها من طرف الموكل وفقا لما جاء في الفصل 931 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي والذي نص على أنه " للموكل أن يلغي الوكالة متى شاء. وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر، بالنسبة إلى المتعاقدين وإلى الغير على حد سواء، ولا يمنع اشتراط الأجر من مباشرة الحق" والذي يقابله المادة 863 من القانون المدني الأردني والتي نصت على أنه " للموكل أن يعزل وكيله متى أراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه" ، وما يلاحظ من خلال إجراء مقارنة بين كلا القانونين أن المشرع المغربي منع أي شرط يقيد حق الموكل في الرجوع عن الوكالة، أما المشرع الأردني فإنه قيد حق الموكل في الرجوع عن الوكالة بأن لا يكون قد تعلق بها حقوقا للغير.

(4)- وذلك في المادة 132-1 التي تم إنشاؤها بموجب القانون رقم 2001-1062 والصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2001 والتي كانت تنص على أنه لا يجوز الرجوع في الأمر أو التعهد بالأداء الذي تم باستخدام بطاقة الأداء، وقد قام المشرع الفرنسي بإلغاء هذه المادة بواسطة المرسوم رقم 2009-866 الصادر بتاريخ 15 يوليو 2009

الصادر بالأداء بواسطة البطاقة البنكية لا يمكن الرجوع فيه، وهو ما جعل المؤسسات البنكية تضمن العقود المبرمة مع عملائها شروطا تؤكد فيها على هذا المبدأ، وتمنع إدخال البنك في أي نزاع قد يقع بين الزبون والتاجر الذي يقبل الأداء بواسطة البطاقة البنكية(1).

وقد أنتقد بعض الفقه(2) عدم قابلية الأمر بالأداء للرجوع فيه على اعتبار أن الأمر الذي يصدر باستخدام البطاقة البنكية يشكل وكالة، وهذا المبدأ يشكل انحرافا عن جوهر الوكالة، إلا أن البعض الآخر من الفقه(3) دافع عن هذا المبدأ معتبرا أنه من غير المقبول أن يكون البنك هو الضحية في النزاع بين المستفيد والزبون، ولا أن يحصل هذا الأخير على حقوق عند استخدامه البطاقة أكثر مما كان سيحصل عليه عند استخدامه وسيلة أخرى.

لهذا فإن هذا المبدأ حسب هذا التوجه الأخير يعد من خصائص التزام الزبون بالوفاء للمستفيد فهو التزام شخصي في ذمته ينتج مباشرة عن القانون وكذلك العقد، وهو مستقل عن العلاقات القانونية الناشئة بين الزبون والمستفيد، كما أنه التزام مستقل عن العملية

بشأن الشروط التي تحكم تقديم خدمات الدفع وإنشاء مؤسسات الدفع والمعدل لقانون النقد والمالية والمضاف إليه بتاريخ 1 نوفمبر 2009

(1)- فقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 7 من الشروط العامة لبطاقة فيزا وفيزا انتربنك وروبي ماستر كارد مصرف المغرب أنه "يبقى مصرف المغرب بعيدا عن كل نزاع أو مجادلة قد تنشب بين صاحب البطاقة والتاجر في المعاملات المؤداة بواسطة البطاقة".

(2)- أنظر في هذا الاتجاه :

- كيلاني عبدالرضى محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص410
- نبيل محمد صبيح : بعض الجوانب القانونية لبطاقة الوفاء والإئتمان المصرفية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بالكويت، العدد الأول، السنة السابعة والعشرون، مارس 2003، ص251
- Martin (D) : Analyse juridique du réglement par cartes de paiement D.1987 P51

(3)- أنظر في هذا التوجه :

- فايز نعيم رضوان : بطاقات الوفاء، م، س، ص 173
- محمد الشافعي : بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص78
- إبراهيم وليد عودة : النظام القانوني للبطاقات البنكية، م، س، ص 35
- علي محمد حسين الموسى: البطاقات المصرفية تعريفها وأنواعها وطبيعتها، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الخامس، م، س، ص2003
- الحسين فايدي: وسائل الدفع الحديثة ، البطاقات البلاستيكية ،مجلة القضاء والقانون، السنة الواحد والثلاثون، العدد 179.ص171.
- عبد الهادي النجار: بطاقات الإئتمان والعمليات المصرفية الإلكترونية، بحق منشور ضمن أعمال ندوة الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ط الأولى 2002، ص42
- موسى رزيق: رضا حامل البطاقة الإئتمانية بالعقد والحماية التي يقررها المشرع، م، س، ص1045.
- سميحة القليوبي : وسائل الوفاء الحديثة، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، الجزء الأول، م، س، ص72

الأساسية التي أحدثت هذا الوفاء سواء عملية بيع أو تقديم خدمات[1]، حيث لا يستطيع الزبون أن يتخلص من هذا الالتزام بإثارة النزاعات مع المستفيد باعتبار البنك من الغير بالنسبة للعلاقة القائمة بينهما، ولذا لا يجوز الاحتجاج في مواجهته بالدفوع المستمدة من هذه العلاقة[2].

ولا شك أن الهدف من عدم إعطاء الزبون الحق في الرجوع عن الأمر الصادر عنه بواسطة أداة التحويل البنكي الإلكتروني هو حماية مصالح المستفيد الذي يقبل الوفاء بواسطة البطاقة البنكية والذي يتعلق حقه بالمبالغ النقدية الذي يتضمنها أمر الوفاء الصادر عن العميل، وهو يهدف كذلك إلى حماية مصالح المؤسسات البنكية والتي تكون ملزمة بالأداء للمستفيد عندما يتم استخدام أداة التحويل وفقا للإجراءات الواجب إتباعها.

فقبول أداة التحويل من طرف المستفيد والتأكد من صحة جميع البيانات المتعلقة بها وبالعميل حاملها وموافقة البنك على إجراء العملية، ينقل الالتزام بالوفاء بالمبالغ المترتبة عن عملية التحويل التي قام بها العميل منه إلى البنك، ويصبح هذا الأخير ملتزما بشكل شخصي ومباشر وقطعي تجاه المستفيد بجميع تلك المبالغ، فلو سمح المشرع المغربي للعميل بالرجوع عن أمر التحويل فإن هذا يعني أن البنك سيبقى متحملا للمبالغ الناتجة عن استخدام أداة التحويل التي قام بإصدارها لعميله.

لكن إذا كان هذا المبدأ له ما يبره بخصوص استخدام البطاقات البنكية في الوفاء، فإن المخاطر التي قد يتعرض لها الزبون أثناء استخدام أدوات التحويل الأخرى قد تجعل من هذا المبدأ مجحفا بحقه، لهذا فقد قامت بعض التشريعات بالتخفيف من حدته آخذة بعين الاعتبار مصالح الزبون.

فبالإطلاع على قانون النقد والمالية الفرنسي على سبيل المثال قد يتبادر للوهلة الأولى أن المشرع الفرنسي يسمح لمصدر أمر التحويل الرجوع عن الأمر الصادر عنه وذلك من خلال ما جاء في المادة (L133-7)[3]، إلا أن ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع

---

(1)- أنظر في ذلك :
- نبيل محمد صبيح : بعض الجوانب القانونية لبطاقة الوفاء والإئتمان المصرفية، م، س ، ص 250
- عبد الهادي النجار: بطاقات الإئتمان والعمليات المصرفية الإلكترونية، م، س، ص 43
- موسى رزيق: رضا حامل البطاقة الإئتمانية بالعقد والحماية التي يقررها المشرع له، م، س ، ص 1044
- سميحة القليوبي : وسائل الوفاء الحديثة، م، س، ص 71

(2)- أنظر في ذلك :
- فايز نعيم رضوان : بطاقات الوفاء، م، س، ص 172.
- محمد الشافعي : بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص 79.
- علي محمد حسين الموسى: البطاقات المصرفية تعريفها وأنواعها وطبيعتها، م، س، ص 2004.
- الحسين فايدي: وسائل الدفع الحديثة، م، س، ص 170.

(3)- والتي جاء فيها :
" Le consentement peut être retiré par le payeur tant que l'ordre de paiement n'a pas acquis un caractère d'irrévocabilité conformément aux dispositions de l'article (L 133-8)."

في هذه المادة يربط إمكانية الرجوع عن الأمر في مدى اكتسابه صفة القطعية، ويصبح الأمر قطعيا في اللحظة التي يتوصل فيها البنك بهذا الأمر[1]، ومتى توصل البنك بالأمر الصادر عن الزبون فلا يمكن لهذا الأخير الرجوع عنه.

ونظرا للطبيعة الإلكترونية لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني فإن توصل البنك برسالة المعلومات التي تتضمن أمر التحويل سيكون بشكل مباشر وفوري[2]، ولهذا فإنه يمكن القول أن المشرع الفرنسي أكد في القانون الجديد على مبدأ عدم قابلية الأمر بالأداء للرجوع فيه، بيد أنه أجاز الرجوع عن أمر التحويل الصادر باستخدام إحدى أدوات التحويل البنكي الإلكتروني في حالات وآجال محددة وضمن شروط خاصة[3].

أما بالنسبة للتشريع الأردني فنجد أن البنك المركزي في التوصيات الصادرة عنه لم يشر إلى مدى استطاعة العميل في الرجوع عن أوامر التحويل الصادرة عنه للبنك الذي يمسك حسابه، وعلى الرغم من أن البنك المركزي الأردني أوجب على البنوك التي تمارس عمليات التحويل البنكي الالكتروني أن تبين للزبون أن له الحق دائما في الرجوع عن الأمر بالأداء فإن هذه الحالة التي نصت عليها التعليمات تتعلق بالأوامر المسبقة أو تلك التي يكون العميل قد سمح للبنك فيها بالاقتطاع بشكل مباشر حسابه دون حاجة إلى الرجوع إليه لإجراء هذا الاقتطاع[4]، وعلى أي حال فإن ما يلاحظ أن البنوك وفي سعيها

(1)- وذلك في الفقرة لأولى من المادة (L133-8) من قانون النقد والمالية التي جاء فيها :
" L'utilisateur de services de paiement ne peut révoquer un ordre de paiement une fois qu'il a été reçu par le prestataire de services de paiement du payeur sauf disposition contraire du présent article "

(2)- فالزبون الذي يقوم بإصدار أمر التحويل للبنك الذي يمسك حسابه يعبر عن إرادته في تنفيذ العملية المطلوبة ولا يمكن له الرجوع عن هذا الأمر، وما دام أن البنك لم يتوصل بهذا الأمر فإنه يعتبر كأنه لم يصدر من طرف الزبون، لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد، متى يمكن اعتبار أن البنك قد توصل بالأمر؟ يمكن الإشارة إلى ما جاء في تعليمات التحويل البنكي الإلكتروني الصادرة عن البنك المركزي الأردني والتي أوضحت أن رسالة المعلومات تعتبر قد أرسلت بمجرد دخولها إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، ففي سياق الحديث عن وسائل التحويل البنكي الإلكتروني أجاز البنك المركزي الأردني في المادة الرابعة من التعليمات الصادرة عنه أن تكون أوامر التحويل التي يقوم الزبون أو من ينوي عنه بإصدارها من خلال أي وسيلة الكترونية تستعمل من اجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات، واعتبر في المادة الخامسة أن رسالة المعلومات التي يتم إصدارها بتلك الطرقة تعتبر قد وصلت إلى المرسل إليه منذ وقت دخولها إلى أي نظام معلومات غير خاضع لسيطرة الزبون المنشئ، ما لم يتم تحديد نظام معلومات معين لترسل إليه رسالة المعلومات تلك، ففي هذه الحالة تعتبر الرسالة قد أرسلت منذ دخولها إلى ذلك النظام.

(3)- فالفقرة الثانية من المادة (L133-8) نصت على أنه في الحالة التي يوجه فيها الزبون أمر التحويل للبنك بواسطة المستفيد أو من خلاله فإنه يستطيع الرجوع عن الأمر داخل أجل لا يتعدى نهاية يوم العمل السابق لليوم الذي تم الإتفاق على إجراء العملية خلاله، كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه إذا تم الإتفاق بين الزبون والبنك على أن عملية التحويل ستتم في يوم معين أو بعد مدة من قيام الزبون بإيداع المبالغ في حسابه، فإنه يمكن الرجوع عن الأمر داخل أجل لا يتعدى نهاية يوم العمل السابق ليوم إجراء العملية، كما أنه وبعد انتهاء الآجال السابقة يمكن للزبون كذلك الرجوع عن الأمر بالتحويل إذا ما تم الإتفاق بين مختلف الأطراف على ذلك كما نصت عليه الفقرة الرابعة من نفس المادة.

(4)- فقد جاء في المادة الرابعة عشرة أنه " على البنك أن يوضح المعلومات التالية للعميل .....و- حق العميل في وقف أي تعليمات تحويل إلكتروني مسبقة منه للبنك، والإجراءات التي يتوجب على العميل إتباعها "

للبقاء خارج أي نزاع قد يقع لا تسمح للزبون بالرجوع عن الأمر الذي يصدره من خلال النص على ذلك ضمن العقد الذي تبرمه معه(1).

الفقرة الثانية : تنفيذ أمر التحويل البنكي الإلكتروني

عندما يتوصل البنك برسالة المعلومات التي تتضمن الأمر الصادر عن عميله من خلال استخدام أداة التحويل البنكي الإلكتروني، وبعد التأكد من سلامتها وتوفر جميع الشروط القانونية والتعاقدية فيها يشرع في التنفيذ ضمن الإطار الزمني المتفق عليه(2)، ويتم تنفيذ بعض العمليات بشكل فعلي وفق ما أمر به الزبون على أن يتزامن ذلك مع قيام البنك بإجراء قيد على الحساب في جانبه الدائن أو المدين بالمبالغ المترتبة عنها كعمليات السحب والإيداع وشحن محافظ النقود الإلكتروني، بينما يتمثل التنفيذ المادي للبعض الآخر من عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بواسطة إجراء القيود في الحساب فقط كعمليات الأداء والنقل بين الحسابات، فهذه القيود تشكل التمثيل العددي للنقود أو ما يطلق عليه النقود القيدية(3).

وفي هذا الإطار فإن قيام البنك بإجراء قيد في الجانب المدين لحساب الآمر بالمبلغ الذي يتضمنه أمر التحويل البنكي الإلكتروني ومن ثم إجراء قيد آخر في الجانب الدائن لحساب المستفيد، يكون قد نقل المبلغ الذي أمر به الزبون، لكن يثار الإشكال حول معرفة وقت تمام التنفيذ بالنسبة لكل من الآمر والمستفيد، نظرا لما لتحديده من أهمية في معرفة الوقت الذي يعتبر فيه المبلغ قد خرج من الذمة المالية للشخص الآمر ودخل ذمة المستفيد المالية(4).

(1)- من ذلك ما جاء في الفصل 8 من الشروط العامة للعمليات الإلكترونية إسكان أون لاين التابعة لبنك الإسكان والتي نصت على أنه "لا يستطيع العميل إلغاء أي عملية مصرفية تم إدخالها وتنفيذها من خلال هذه الخدمات".

(2)- وفي هذا الإطار نجد أن المشرع الفرنسي نص في المادة (L133-9) من قانون النقد والمالية على أنه يجب على البنك الشروع في تنفيذ الأمر الصادر عن الزبون منذ وقت تلقيه لذلك الأمر، إلا إذا اتفق كل من البنك والزبون على أن تنفيذ الأمر سيبدأ في وقت معين أو بعد فترة محددة أو بعد قيام الزبون بتوفير المبلغ المراد إجراء العملية عليها في حسابه، بحيث يجب أن يتم التنفيذ وفقا لم تم الاتفاق عليه، ووفقا لما جاء في الفقرة الأولى من المادة (L133-13) فإنه يجب قيد المبالغ المترتبة عن عملية التحويل في حساب كل من الآمر والمستفيد قبل نهاية أول يوم عمل بعد تلقي الأمر وفقا لما هو محدد في المادة (L133-9) السابقة الذكر.

(3)- إن أول من استعمل تسمية النقود القيدية هو الإقتصادي البلجيكي موريس أنسيو (M.Ansiaux)، هذه النقود غير المسكوكة وغير الملموسة هي نقود أرقام، فهي نقود مبسطة ومقبولة تلقائيا في المدفوعات، تتمثل بالأرصدة الجاهزة في الحسابات، تنتقل من حساب إلى آخر بمجرد إجراء القيود، والنقود الرمزية الجديدة تخول للبنوك خلق كتلة نقدية جديدة تستمد قوتها من عامل الثقة بين البنوك وعملائها، فهي تسمح للبنوك بالاحتفاظ بقيمة بسيطة من أصل رصيد الحساب، أما القيمة الأخرى المرتبطة بها فيمكن أن تدور من حساب إلى آخر بحيث تشكل كتلة مالية مستقلة عن النقود أو الأوراق المالية الأخرى، أنظر في ذلك :

- سلمان بونياب : النقل المصرفي، م، س، ص 171 وما بعد
- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، م، س، ص 545 وما بعد
- على جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 235 وما بعد

(4)- إن الفوائد العملية من معرفة وقت تنفيذ عملية التحويل تظهر من جهتين، الأولى من حيث وقت التقييد في الجانب المدين لحساب الدائن حيث يفيد معرفة وقت التنفيذ في هذه الحالة في معرفة متى يتم إخراج الأموال من

في الواقع إن هذا الإشكال إذا كان يطرح بشدة بالنسبة لعمليات التحويل التقليدي نظرا لوجود فاصل زمني بين عمليتي التقييد وخصوصا في الحالات التي تتعدد فيها الأطراف المتدخلة في التنفيذ[1]، فإنه لا يطرح في إطار العمليات التي يمنع فيها على الشخص الآمر الرجوع في الأمر بعد صدوره، كما في حالة الأداء بواسطة البطاقات البنكية في التشريع المغربي، فمجرد استخدام البطاقة في الأداء يخرج المبلغ محل العملية من ذمة الزبون المالية بصفة نهائية ويصبح تراجعه غير مقبول، ويعتبر أنه قد قام بالوفاء بالتزامه في مواجهة الشخص الذي يقبل البطاقة البنكية حتى قبل قيد المبلغ في حساب هذا الأخير[2]، والذي لن يقبل الوفاء بواسطة البطاقة إلا إذا قام البنك بإعطاء موافقته على سداد المبالغ محل العملية، مما يترتب عنه انتقال الالتزام بالمبلغ محل العملية من الزبون إلى البنك الذي ضمن الوفاء بعد إعطاءه الموافقة على إجرائها، فالتزام الزبون الآمر تجاه الشخص المستفيد يعتبر قد نفذ بعد تمرير البطاقة على الجهاز وقبول البنك الأداء.

أما بالنسبة للحالات التي لا يمنع فيها الزبون الآمر من الرجوع عن الأمر الصادر عنه بالأداء أو بالتحويل باستخدام أداة التحويل البنكي الإلكتروني- كما جاء في تعليمات البنك المركزي الأردني وبعض الحالات في القانون الفرنسي- فإن الوضع هنا يتشابه إلى حد كبير مع عمليات التحويل العادي بين الحسابات، فيبقى أمر التحويل معلقا ومن حق الزبون الرجوع فيه إلى حدود شروع البنك بتنفيذه، ومتى شرع البنك بهذا التنفيذ بإجراء قيد على حساب الزبون الآمر فإن النقود تكون قد خرجت من الذمة المالية لهذا الأخير، ويصبح رجوعه عن الأمر غير ذي فائدة إذ لا بد من إعادة قيده مرة أخرى في الحساب

ذمة المدين، ويستتبع ذلك معرفة الوقت الذي يصبح فيه الآمر بالتحويل غير قادر على الرجوع في أمر التحويل، سواء بإرادته المنفردة أو بإبطاله عند وفاة الآمر على سبيل المثال أو فقده لأهليته لسبب مفاجئ أو خضوعه للتسوية أو التصفية القضائية أو الإفلاس، أما الفائدة الثانية لمعرفة وقت تنفيذ عملية التحويل فتتجلى في معرفة متى يكون التحويل ناجزا وذلك بتسجيله على الجانب الدائن لحساب المستفيد، وهو ما يؤثر بدوره على العديد من الأحكام القانونية المتعلقة به كمعرفة أين ومتى يتم الوفاء ، كما يفيد كذلك بالنسبة لإفلاس الدائن أو خضوعه للتسوية أو التصفية القضائية، أنظر في ذلك :

- سلمان بوذياب : النقل المصرفي، م، س، ص 115 وما بعد
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م س، ص 210 وما بعد

(1)- بالنسبة لعملية التحويل العادي بين الحسابات تخرج الأموال من الذمة المالية للشخص الآمر ويتعلق حق الشخص المستفيد بها من لحظة إجراء القيد المدين على حساب الآمر وليس قبل ذلك، ولتمام العملية لا بد أن يقوم البنك بتسجيل المبلغ في الجانب الدائن لحساب المستفيد، فالقيد في حساب الآمر المدين على الرغم من أنه يخرج الأموال من ذمته وتصبح مخصصة للمستفيد ويتعلق حق هذا الأخير بها، لكن هذا الحق على النقود لا يعني النقود بحد ذاتها، فالعملية تكون نافذة في إطار العلاقة بين البنك والزبون الآمر بإجراء القيد في الجانب المدين من حساب هذا الأخير، لكن هذه العملية لا تكون تامة إلا بالقيد في حساب المستفيد الدائن، أنظر في ذلك:

- محمد لفروجي : العقود البنكية، م، س، ص 283
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 206 وما بعد

(2)- أنظر في ذلك :

- محمد الشافعي : بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص 112
- كيلاني عبدالرضى محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 410

-Martin (D) : Analyse juridique, Op.Cit, P51

أو إجراء قيد عكسي عليه، لكن خروج المبالغ محل أمر التحويل من الذمة المالية للآمر لا يعني انتقالها مباشرة إلى ذمة المستفيد المالية، بل إن هذا الأخير يصبح دائنا للبنك بالمبالغ، ولا يصبح حائزا فعليا لها إلا بقيد بتلك المبالغ في حسابه.

وعلى أي حال فإن البنك يلزم بتنفيذ الأمر الصادر عن الزبون بواسطة إحدى أدوات التحويل البنكي الإلكتروني وفقا للشكل المتفق عليه(1) ولا يجوز له أن يمتنع عن التنفيذ إلا إذا وجد ما يبرر له ذلك، وفي حالة ما إذا رفض البنك تنفيذ عملية ما فإنه يجب عليه أن يخطر الزبون برفضه تنفيذ تلك العملية، وبأسباب هذا الرفض وذلك من خلال وسيلة متفق عليها.

الفرع الثاني

التزامات البنك ونطاق مسؤوليته عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

يعتبر عقد تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني المبرم بين البنك وعميله من العقود الملزمة للجانبين، فبموجبه تتحدد حقوق والتزامات كل طرف من أطرافه، وعدم احترام تلك الحقوق والالتزامات يرتب قيام مسؤولية الطرف الذي وقع الإخلال منه في مواجهة الآخر، وبالتالي فإن الحماية التي يوفرها نظام المسؤولية للعميل المتعاقد ترتبط بمدى إخلال البنك بالتزاماته الناشئة عن العلاقة التي تجمعه بالعميل، وقد قامت العديد من النظم القانونية المقارنة بتنظيم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بالشكل الذي يوفر الحماية للعملاء، وأصبح القانون يأخذ مجراه بطريق مباشر لا من خلال العقد الذي تم الإتفاق عليه بين الأطراف.

(1)- وقد نصت المادة (D133-1) من قانون النقد والمالية الفرنسي على أن البنك يمكنه عدم تنفيذ الأمر الصادر باستخدام أداة التحويل البنكي الإلكتروني في كل حالة تظهر فيها بعض الأسباب الموضوعية التي تبررها الحفاظ على أمن وسلامة عمليات التحويل أو في حالة ازدياد مخاطر استخدامها، أو عندما يشك البنك بأنها تستخدم بطريقة غير مشروعة أو احتيالية، كما يلاحظ في هذا الصدد أن بعض العقود تنص صراحة على أنه يحق للبنك عدم تنفيذ الأوامر الصادرة عن العميل في حالة عدم كفاية الرصيد المتوفر في الحساب أو لوجود أسباب أخرى، فقد نصت على سبيل المثال المادة 11 من شروط تقديم الخدمات الإلكترونية للبنك العربي على أنه " يوافق العميل على أن لا يقوم البنك بتحويل أي مبالغ إذا لم يتوفر على الرصيد الكافي في الحساب في الوقت الذي يتم فيه التحويل، وكذلك إذا تجاوز مبلغ التحويل الحد الأقصى المسموح به للتحويل يوميا"، ونصت كذلك المادة 14 من الشروط العامة للخدمات الإلكترونية لبنك الأردن أنه " يحق للبنك الامتناع عن إجراء أي عمليات تحويل أو أوامر دفع بأية مبالغ في حالة عدم توفر الرصيد الكافي في حساب العميل في الوقت الذي يتم فيه التحويل، بما يغطي قيمة هذه العمليات والفوائد والعمولات والمصارف المتعلقة بها، وكذلك فإنه يحق للبنك الامتناع عن التحويل في حالة تجاوز عدد المرات أو الحد الأقصى المسموح به للتحويل يوميا، وفي حالة اشتباه البنك بعملية التحويل التي يطلبها العميل أو عدم اكتمال أو كفاية المعلومات الواردة في أمر التحويل فإنه يحق للبنك الامتناع عن إجراء أي عمليات تحويل أو دفع لأي مبالغ، وكذلك فإنه يحق للبنك الامتناع عن التحويل في حالة عدم توفر الرصيد الكافي دون الرجوع المسبق أو اللاحق على العميل ودون أن يتحمل البنك أي مسؤولية"

أما بالنسبة لكل من التشريعين المغربي والأردني فإن ما يمكن ملاحظته هو خلوهما تقريبا من تنظيم قانوني لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني، لهذا يبقى العقد هو المحور الذي تدور حوله التزامات وحقوق طرفيه، والمنطلق للحديث عن العلاقات الناشئة في إطاره وبلورتها، وبناءا على ما سبق سنتناول في هذا الفرع التزامات البنك في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني وذلك في (المبحث الأول)، على أن نحدد نطاق مسؤوليته عن تلك العمليات في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تأثير التكنلوجيا على التزامات البنك في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

إن أهمية الأنشطة التي تمارسها البنوك وتأثيرها على الحياة الإقتصادية والمالية لأي دولة دفعت التشريعات إلى تنظيمها تنظيما دقيقا، سواء في جانبها المؤسساتي أو الرقابي أو العملي، بغية ضمان الاستقرار والإستمرارية للدورة المالية والإقتصادية وتمكين البنوك من القيام بدورها في تنمية قطاعات الدولة المختلفة بحسب سياسات هذه الأخيرة ومخططاتها.

وفي ظل اعتماد البنوك بشكل متزايد على التقنيات الحديثة لتقديم الخدمات وحفظ ونقل المعلومات أصبحت القوانين والتشريعات عاجزة عن مواكبة الأنشطة الحديثة للبنوك لوضع تنظيم قانوني يلم بمختلف جوانبها، مما دفع البنوك وغيرها من الفاعلين في الميدان البنكي بالبحث في مختلف العناصر القانونية والفنية اللازمة لممارسة تلك الأنشطة، ووضع الوسائل الكفيلة لحماية الأطراف من المخاطر الناتجة عنها.

وغياب التنظيم التشريعي لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني دفع الأطراف إلى الاعتماد على التنظيم التعاقدي للعلاقة التي تربط بينها، لكن ذلك لا يعني أن إرادة الأطراف هي وحدها التي تحدد معالم النظام القانوني لتلك العمليات ، فهناك العديد من القواعد تشريعية والتنظيمية قابلة للتطبيق عليها وتعتبر من ضمن الإطار الذي يحدد هذا النظام القانوني فالبنك- ملزم بالتماشي مع المتطلبات التقنية والقانونية المحلية والدولية المتعارف عليها بخصوص أمن هذه العمليات وسلامتها، وسنقوم في هذا المبحث بتخصيص (المطلب الأول) لأثر استخدام الحاسب الآلي على التزامات البنك في مواجهة زبونه، قبل أن نتعرض لالتزاماته المرتبطة بتقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

آثار استخدام الوسائل الحديثة على العمل البنكي

أدى تزايد استخدام الحاسب الآلي في الميدان البنكي إلى توسيع نطاق عمليات البنك وتسهيل تواصله مع الأشخاص الذين يتعاملون معه، من خلال الاعتماد عليه لتقديم الخدمات المختلفة لهم[1]، وفي المقابل فإن هذا الأمر أدى في نفس الوقت إلى توسيع دائرة المخاطر الناتجة عن العمليات البنكية التقليدية، وظهور العديد من المخاطر الجديدة المرتبطة باستخدام الحاسب الآلي في العمل البنكي (الفقرة الأولى)، الشيء الذي سيدفع البنك إلى اتخاذ إجراءات إضافية للحفاظ على سلامة العمليات التي تتم باستخدامه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : زيادة حجم المخاطر الناتجة عن العمل البنكي

تشكل المخاطر عنصرا ملازما لأي نشاط يقوم به الإنسان، وهي تختلف في درجتها ونوعها تبعا لاختلاف طبيعة هذا النشاط، فالشخص الذي يمارس الأعمال اليدوية تتهدده مخاطر ما يمكن أن يقع له من أضرار جسدية، والشخص الذي يمارس التجارة لا يكون بمنأى عن الخسارة التي قد تحيط به وبتجارته، والبنك بصفته تاجرا يكون معرضا لخسارة جزء من الأموال التي يتاجر بها أثناء ممارسته لأنشطته، لكن هذه المخاطر تكون أشد وطأة على البنك منها عن بقية التجار، نظرا لأن البنك لا يعد تاجرا عاديا، لهذا فمن المؤكد أن المخاطر التي تتهدده لن تكون كذلك مخاطر عادية على الإطلاق.

فالعمليات التي يقوم بها البنك تمتاز عن الأعمال التجارية الأخرى بارتفاع مستوى المخاطر فيها، وذلك يرجع إلى مجموعة من الاعتبارات[2]، بعضها يتعلق بطبيعة السلعة التي يتاجر بها البنوك، فأساس عملها يقوم على استغلال الأموال (سواء تلك التي تشكل رأسمالها أو التي تقوم بقبولها من المتعاملين معها كودائع أو كغيرها من الأموال التي

---

(1)- إن الغاية الأساسية للعمل البنكي بوجه خاص هي تجارة النقود حيث يتوسط البنك بين الرأسماليين من جهة والذين يودعون أموالهم لديه هادفين المحافظة عليها وبين التجار الذين يحتاجون النقود من جهة أخرى، لهذا فإن البعض يرى أن البنك يعتبر تاجرا من نوع خاص يخضع لنظام استثنائي غير ذلك الذي يخضع له التجار عموما، ويتبع أسلوبا معينا للتعامل مع الأشخاص المتعاملين معها يتناسب ووظيفتها الأساسية، لهذا فإن التشريعات تترك الحرية لها في سلوك بعض الإجراءات التي من شأنها أن تسمح لها بالظهور بمظهر التاجر الحريص على نمو وازدهار تجارته أنظر في ذلك :

- محمد لفروجي : القانون البنكي المغربي وحماية حقوق الزبناء، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1996-1997 ص 189

(2)- أنظر في هذه الاعتبارات :

- نعيم مغبغب : مبدأ عدم مسؤولية المصرف موزع الإعتمادات واستثناءاته، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 141

يمكن أن تتلقاها) وتوظيفها إما بالإقراض أو بالاستثمار وتحقيق مكاسب من خلال إضافة هامش من الربح عليها.

وفي كثير من الأحيان تواجه البنوك صعوبات في استرداد المبالغ التي قامت باستثمارها بتلك الطرق في ظل تعقيدات وتقلبات الأسواق التجارية والمالية والسلعية المختلفة، أو نتيجة لأخطاء من طرف أحد كوادرها أو العاملين فيها، هذا بالإضافة إلى كون الأموال والتي تشكل محور عمل البنوك تعد السلعة الأهم على الإطلاق مما قد يجعلها عرضة لعمليات الاحتيال الداخلية التي قد يقوم بها أحد مستخدمي البنك أو مسيريه، أو الخارجية التي قد تصدر عن أحد العملاء أو الغير.

ونظرا لأهمية تحديد مختلف المخاطر ووضوحها بالنسبة للبنك ليستطيع اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتفاديها، فقد اهتمت الأجهزة المعنية بالرقابة على القطاع البنكي بوضع المعايير الإرشادية والرقابية التي تمكن من تحديد المخاطر وتحديد الممارسات السليمة لمواجهتها، وفي هذا الصدد عملت لجنة بازل[1] التي تجتمع في مقر بنك التسويات الدولية في مدينة بازل بسويسرا على صياغة معايير رقابية وإرشادية لمراقبة المخاطر البنكية وسبل مواجهتها.

وقد حددت لجنة بازل في مقرراتها[2] أهم المخاطر التي تواجه البنوك، فهناك المخاطر الائتمانية التي تنشأ عن إمكانية عدم استرداد الأموال التي تقوم البنوك بإقراضها أو وضعها كائتمان للأشخاص الذين يتعاملون معها، بالإضافة إلى مخاطر السوق الناتجة

(1)- تشكلت لجنة بازل في نهاية عام 1974 من قبل محافظي البنوك المركزية لدول مجموعة العشرة، وهي تجتمع دوريا بمعدل أربع اجتماعات سنويا في مقر بنك التسويات الدولية (BIS) في مدينة بازل بسويسرا، ويتبع لهذه اللجنة 30 مجموعة عمل متخصصة تجتمع أيضا بشكل دوري، وتتكون لجنة بازل من أعضاء يمثلون البنوك المركزية و الجهات الرقابية في كل من الولايات المتحدة وبريطانيا، وألمانيا وفرنسا وبلجيكا وايطاليا واليابان واسبانيا وهولندا ولكسمبورغ والسويد وسويسرا، ولجنة بازل لا تملك أي سلطات رقابية رسمية على البنوك المركزية لدول العالم، ولا يوجد لتوصياتها أو مقرراتها أي صفة إلزامية أو قانونية.

وتعمل لجنة بازل على صياغة مقررات رقابية وإرشادات بالعمل البنكي إضافة إلى إصدار توصيات حول الممارسات السليمة لجوانب العمل المصرفي، وتكون من مسؤولية جهات الرقابة في كل دولة من دول العالم الاستفادة من هذه المعايير والإرشادات والممارسات وتكييفها بما يتلاءم مع وضعيتها الخاصة، ومن أهم أهداف اللجنة العمل على سد أي فجوة في التغطية الرقابية على الأعمال البنكية، أنظر في ذلك :

- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الدراسات الإدارية والمالية العليا، جامعة عمان العربية، عمان، سنة 2004 ص 46 وما بعد
- الموقع الإلكتروني لبنك التسويات الدولية : www.bis.org/cgi-bin/print.cg

(2)- أصدرت لجنة بازل للرقابة المصرفية عام 1988 مقرراتها بشأن تغطية المخاطر الائتمانية التي تواجهها البنوك، ومن ثم وافقت هذه اللجنة عام 1996 على إضافة بعض مخاطر تقلبات أسعار الفائدة، ومخاطر تقلبات أسعار الصرف، وكذلك مخاطر تقلبات أسعار عقود السلع والأسهم إلى المخاطر الائتمانية، وفي عام 1999 قامت بإصدار النسخة الأولى من المقررات التي سميت(بازل 2)، ومن ثم أصدرت نسخة معدلة لهذه المقررات عام 2003، وأخيرا أصدرت النسخة النهائية من هذه المقررات عام 2004، أنظر في ذلك :

- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 48

عن تغيرات الأسعار السائدة في السوق المالية(1)، وأنواع أخرى من المخاطر كمخاطر السيولة(2) والمخاطر القانونية(3) ومخاطر السمعة(4).

والنتائج التي يمكن أن تترتب عن تحقق إحدى مخاطر العمل البنكي لا تقتصر فقط على ما يصيب البنك من أضرار(5)، بل قد تؤدي كذلك إلى الإضرار بمصالح عملائه، إذا لم يستطع البنك الوفاء بمختلف التزاماته تجاههم، أو أن يؤدي ذلك إلى وقوع أضرار

---

(1)- أنظر في تلك المخاطر :
- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 38
- Crouhy (M) : Risk management , Mcgraw hill , New York, 2001 p 34

(2)- ومخاطر السيولة تنشأ نتيجة لعدم قدرة البنك على مواجهة التزاماته نتيجة لنقص في أصوله السائلة، أو لعدم قدرته على تمويل الزيادة في الموجودات، وعندما تكون سيولة البنك غير كافية يتعذر عليه الحصول على أموال لمواجهة التزاماته، لذلك قد يقوم البنك بتحويل موجوداته بسرعة إلى سيولة مما قد يؤدي إلى أن تلحق به خسارة أو تؤثر في ربحيته، ولضمان وجود سيولة كافية بشكل يضمن سلامة وضعه المالي تقوم البنوك بالاحتفاظ بقدر كافي من الأرصدة النقدية وشبه النقدية الكفيلة بتغطية الالتزامات المستحقة عليه، كما تقوم بتوزيع استخدام الأموال بالشكل الذي ينسجم مع طبيعة تركيبة ودائع العملاء من حيث أجل الاستحقاق مع الأخذ بعين الاعتبار تركيبة المودعين، أنظر في ذلك :
- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 39
- Rose (P) : Money and capital markets , Irwin inc, United States, 3rd ED 1989 p 82

(3)- والمخاطر القانونية تنتج عن عدم تماشي العمليات التي تقوم بها البنوك مع التشريعات والأنظمة المحلية والدولية، وتزداد حجم تلك المخاطر مع عدم الاستقرار التشريعي وعدم وجود سوابق قضائية في العمليات الحديثة التي تقوم البنوك بممارستها إلى جانب عدم وجود قضاة متخصصين في أعمال البنوك وأخيرا بطئ الإجراءات في المحاكم، أنظر في ذلك :
- إبراهيم كشت : دليل القانونيين إلى الأعمال المصرفية، طباعة البنك الأردي الكويتي، عمان، 2005، ص 90
- عمر شقير : العمل المصرفي الممارس بوسائل إلكترونية من قبل البنوك الأردنية، منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال الإلكترونية في العالم العربي، المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الإقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الزيتونة، عمان، 28-30 يونيو 2003 ص 136
- رتاب سالم خوري : البنوك الإلكترونية في الأردن، تطورها وتحدياتها (دراسة إستطلاعية)، رسالة لنيل الماجستير في العلوم المالية والمصرفية، كلية الإقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك، إربد، السنة الجامعية 2005-2006 ص 34
- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 40

(4)- تظهر هذه المخاطر نتيجة لفقدان العميل ثقته بالبنك أو أخذ نظرة سلبية عنه بسبب عدم قدرته على تلبية متطلبات العميل البنكية في الوقت الذي يحتاج إليها وفق معايير السرعة والدقة، وقد يكون ذلك بسبب عدم عمل الأنظمة والأجهزة بكفاءة أو بسبب حدوث اختراقات أو عدم معرفة العملاء لكيفية عمل النظام أو حل المشكلات التي يواجهونها، أنظر في ذلك :
- رتاب سالم خوري : البنوك الإلكترونية في الأردن، م، س، ص 33
- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 40

(5)- فعلى سبيل المثال أعلن بنك بارينجز البريطاني إفلاسه عام 1995 نتيجة عمليات المضاربة في أسواق سنغافورة، والتي قدرت خسائرها بـ 830 مليون جنيه إسترليني والتي تفوق رأسمال البنك البالغ 540 مليون جنيه إسترليني، وقد أعلن بنك إنجلترا أن سبب الإفلاس يرجع إلى تحقق مجموعة من المخاطر من بينها ضعف أنظمة الرقابة الداخلية للبنك وعدم الفصل في المهام، بالإضافة إلى جهل إدارة البنك بطبيعة وبيئة العمل الذي تقوم بإدارته، أنظر في ذلك :
- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 72

مباشرة لهم[1]، بل إن عدم الإحاطة التامة بطبيعة المخاطر التي تحيط بالعمل البنكي قد يؤدي إلى نتائج وخيمة على الاقتصاد الوطني وقد تتخذ الأضرار بعدا عالميا[2].

وتعتبر المخاطر التشغيلية من أهم المخاطر التي تواجه البنوك أثناء ممارستها لأعمالها[3]، وتنتج عن ممارسة العمليات اليومية للبنك، لذلك فهي ذات مصادر متعددة[4]،

---

(1)- فعلى سبيل المثال إذا ما تحققت المخاطر بشكل قد يؤدي إلى إفلاس البنك فإن التعويض الذي يحصل عليه المودعين قد لا يكون مشكلا للمبلغ الحقيقي المودع لدى البنك، فالصندوق الجماعي لضمان الودائع والمنصوص في المواد من 105 – 111 من القانون المتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتبرة في حكمها لا يمنح هؤلاء المودعين تعويضا يفوق 50 ألف درهم وفقا للمادة الثامنة من قرار وزير المالية والإستثمارات الخارجية، أما في التشريع الأردني فإن التعويض الذي تمنحه مؤسسة ضمان الودائع لا يتعدى مبلغ 10 آلاف دينار مهما بلغ مبلغ الوديعة وفقا للفقرة ج من المادة 32 من قانون مؤسسة ضمان الودائع، أنظر في ذلك :

- قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية رقم 2445.95 صادر في 10 شوال 1416، الموافق ل 29 فبراير 1996، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4366 ، بتاريخ 15 ذي القعدة 1416، الموافق ل 4 أبريل 1996، النشرة العامة، ص 655
- قانون مؤسسة ضمان الودائع 33 / 2000 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 4455 والصادرة بتاريخ 2000/9/17 ص 3589

(2)- وتشكل الأزمة المالية العالمية والتي بدأت آثارها تظهر في نهاية عام 2008 المثال الأكثر وضوحا على الآثار الناتجة عن عدم مراعاة البنوك للمخاطر التي تحيط بأعمالها، فقد بدأت هذه الأزمة عندما قامت العديد من البنوك الكبيرة في الولايات المتحدة الأمريكية بشراء ديون عقارية مرتفعة المخاطر من البنوك المتخصصة عن طريق عمليات تسنيد الديون الرهنية، مما جعل وكالات التصنيف الائتماني تمنح تلك الديون تصنيفات ائتمانية منخفضة عن طريق الخطأ، مما جعل البنوك تتجاهل حجم المخاطر الناتجة عنها، وعندما ظهرت حالات العجز عن السداد كان شركات التمويل العقاري أو البنوك المتخصصة أولى المتضررين، ثم تبعتها البنوك الكبيرة التي قامت بشراء الأوراق المالية المدعومة بالعقار، ونظرا لأن العديد من البنوك خسرت أموالا وتدهورت أوضاعها فقد أدى ذلك إلى ظهور عجز في السيولة في السوق، فلجأت البنوك إلى بيع جزء من أصولها وهذا ما أحدث انخفاضا إضافيا لأسعار أصول البنوك، وبالتالي قام الناس ببيع أسهم هذه البنوك نظرا لتدهور أوضاعها، وتسارعت الانخفاضات مما راكم مشاكل البنوك نتيجة فقدان ثقة المستهلكين والمستثمرين، مما أدى في النهاية إلى إفلاس أكثر من 80 بنكا في الولايات المتحدة وحدها وخسارة الإقتصاد العالمي أكثر من 2 تريليون دولا وفقا لتقدير صندوق النقد الدولي، أنظر في ذلك :

- عدلي قندح : الأزمة المالية العالمية، الجذور وأبرز الأسباب والعوامل المحفزة، مقال منشور في مجلة البنوك، منشور على الموقع الإلكتروني لجمعية البنوك في الأردن. www.abj.org.jo

(3)- وقد عرفت لجنة بازل المخاطر التشغيلية على أنها " مخاطر الخسارة الناتجة عن عدم ملائمة أو فشل العمليات الداخلية للبنك أو العاملين فيه أو الأنظمة أو نتيجة لأحداث خارجية"، كما عرفها البعض على أنها " المخاطر المتعلقة بالآلية التي يعمل من خلالها البنك على تشغيل أعماله ونشاطاته، وليس تلك المتعلقة بتمويل العمليات"، أنظر في هذه التعريفات :

- Basel committee on banking supervision "Sound Practices of the Management and Supervision of Operational Risks", Bank For International Settlement , Basel , Switzerland, 2003, on the website www.bis.org
- King (J.L) : Operational Risks , John Wiley & sons, New York, 2003, p4
- Tinfaty (A) et Absa (Y): La mise en place de Bale II au sein de la banque Populaire, Rapport sur la gestion du risque année 2008

(4)- وأهم مصادر المخاطر التشغيلية هي :

- مصادر تكنولوجية تتعلق بالاتصالات والبنية التحتية التكنولوجية لمعلومات والبرمجيات المستخدمة لتسيير العمليات المختلفة.

منها ما يتعلق بعمليات الاحتيال التي يقوم بها أشخاص من داخل المؤسسة البنكية أو من خارجها، كعمليات التزوير والعبث بأنظمة المعلومات، كما تعد من قبيل المخاطر التشغيلية ما يمكن أن يحدث للبنك من فشل في أجهزة الحاسب وبرامج نظم المعلومات التي يعتمد عليها البنك لتسير أعماله اليومية، وكذلك مخاطر الاعتداء على أنظمة الدفع الإلكتروني والتبادل الإلكتروني للبيانات.

وقد أدى الاعتماد على الحاسب الآلي والأنظمة التقنية الحديثة بشكل مطرد وموسع في العمل البنكي إلى إحداث نقلة نوعية في طبيعة وفداحة المخاطر التشغيلية التي تواجه البنوك، حيث ازدادت فرص تحقق بعض المخاطر التقليدية، وظهر نوع جديد من المخاطر هي مخاطر العمل البنكي الإلكتروني(1)، والتي أعطت خيالا واسعا كما يرى البعض(2) في تصور ما يمكن أن يتعرض له البنك والمتعاملين معه من أضرار نتيجة استخدام التكنولوجيا الحديثة، مع صعوبة تحديد مصدر الخلل الذي أدى إلى حدوث الأضرار في كثير من الأحيان، فيما إذا كان ناتجا عن خلل في أحد البرامج التطبيقية الخاصة بالحاسب أو عملية احتيال داخلية أو خارجية.

والبنوك التي تقدم الخدمات بالاعتماد على شبكات الاتصال الإلكترونية يقتصر صلاحية الدخول إليها على الأشخاص المشتركين فيها تتعرض لمخاطر تفوق المخاطر التشغيلية التقليدية السابق الإشارة إليها، نظرا لأن تجميع ومعالجة وتحويل وتخزين المعلومات بشكل إلكتروني قد يترتب عنه وقوع العديد من الأخطاء المعلوماتية والأخطاء

- مصادر بشرية تتعلق بمختلف الأشخاص العاملين لدى البنك، وكذلك المتعاملين معه.
- مصادر تتعلق بتنظيم العمل وتتضمن، الإدارة والاتصال ومدى استمرارية العمل وكذلك العوامل المتعلقة بالأمن والحماية.
- مصادر تتعلق بالعمليات ومنها، السياسات المتبعة، ومدى الالتزام بتعليمات أجهزة الرقابة، ومدى العمل على تطوير المنتجات.
- مصادر خارجية تتمثل في عمليات الاحتيال الخارجي، بالإضافة إلى الحرائق والكوارث الطبيعية، أنظر في ذلك :
- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 69

(1)- وقد أوضحت لجنة بازل في ضوء دراستها للمخاطر التشغيلية لدى العديد من البنوك في مختلف دول العالم أن أهم المصادر الحديثة لمخاطر التشغيلية ينتج عن استخدام التكنولوجيا الحديثة وبشكل متزايد (الأتمتة) بحيث إذا لم يتم توظيفها بالشكل الملائم فإن ذلك سيؤدي إلى تحويل المخاطر الخاصة بأخطاء تنفيذ العمليات يدويا إلى مخاطر أكثر حدة قد تؤدي إلى فشل النظام وانقطاع العمل بشكل كامل، خاصة في ظل الاعتماد على الأنظمة الإلكترونية الشاملة والشبكات التي تربط جميع أقسام البنك وأفرعه مع بعضها البعض، أنظر في ذلك :

- Basel committee on banking supervision " Sound Practices of the Management ", Op,Cit. p 2

(2)- أنظر في ذلك :

- نوري حمد خاطر : مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن إستخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، بين المسؤولية المدنية وفعل المباشرة والتسبب، دراسة نقدية في القانونين المدني الفرنسي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر المعاملات المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الخامس، م، س، ص 1780.

في تشغيل البرامج، أو حتى ضياع وتلف وإمكانية تغيير تلك البيانات والبرمجيات التي يعتمد عليها البنك(1).

وبالإضافة إلى ذلك قد يؤدي عدم ملائمة تصميم نظم المعلومات نفسها والتي تشكل البنية التحتية لأنظمة التحويل الإلكتروني وعدم إجراء الصيانة عليها إلى فشل تلك الأنظمة، أو عدم كفاءتها لمواجهة متطلبات العملاء خصوصا في الحالات التي يتم فيها الاعتماد على مصادر خارجية لتقديم الدعم الفني، ولعل من أهم المخاطر التي قد تواجه البنوك التي تعتمد على الأنظمة الإلكترونية بشكل كبير هي احتمالية الدخول غير المصرح به لبيانات سرية، عبر اختراق حسابات العملاء بهدف الإطلاع على المعلومات الخاصة بهم والتلاعب بأنظمة المعلومات سواء جاءت تلك الاعتداءات من داخل البنك أم من خارجه.

ونظرا لما تمثله نظم المعلومات من إطار للإمكانات المتنوعة القادرة على معالجة وتخزين وتوزيع المعلومات وتوفيرها للبنك والعميل على السواء في الوقت الذي يحتاجها فيه، فقد أصبحت من أهم نقاط القوة التي تعتمد عليها البنوك لتسير أعمالها اليومية وتقديم مختلف الخدمات للعملاء، إلا أن الاعتماد المطرد للبنوك عليها جعلها من أهم مصادر مخاطر العمل البنكي الشيء الذي سيدفع البنوك إلى القيام بمجموعة من الإجراءات لحماية أمن وسلامة المعاملات التي تتم من خلالها والبيانات التي تخزن وتنقل بواسطتها(2).

---

(1)- أنظر في ذلك :

-Vivier-Lirimont (S): Risques et fragilités dans les réseaux interbancaires, thèse pour obtenir le grade de docteur en scinces economiques, universitè Paris I Panthèon, Sorbonne, Année 2006

- Bounie (D): Quelques incidences bancaires et monétaires des systèmes de paiement électronique, Revue économique, vol. 52, numéro hors série, octobre 2001, p. 313-330.

(2)-ونشير في هذا النطاق إلى أن المشرع المغربي أقر بموجب القانون رقم 03-07 بتتميم القانون الجنائي فيما يتعلق بالجرائم المتعلقة بتنظيم المعالجة الآلية للمعطيات وهو القانون الذي صدر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 197-03-1 بتاريخ 16 رمضان 1424 الموافق 11 نوفمبر 2003 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 22 ديسمبر 2003، وبموجب هذا القانون أضاف المشرع المغربي بابا آخر إلى الجزء الأول من الكتاب الثالث من القانون الجنائي وهو الباب العاشر الذي خصصه للجرائم الماسة بتنظيم المعالجة الآلية للمعطيات، ويكون بذلك قد سد نسبيا الثغرة التي يعاني منها التشريع الجنائي المغربي في هذا الصدد أمام تطور تقنيات ارتكاب الجرائم وما تقدمه الوسائل الحديثة من إمكانيات تساعد على ارتكاب الجرائم، ومن بين أهم الجرائم المعلوماتية التي إستحدثها المشرع المغربي بموجب الفصول 3-607 إلى 11-607 هي الدخول إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الإحتيال، تزوير أو تزييف وثائق المعلوميات واستعمالها.

أما المشرع الأردني فقد قام بإقرار قانون جرائم أنظمة المعلومات رقم 30 لسنة 2010 والصادر بتاريخ -2010 09-16 في الجريدة الرسمية عدد 5056 ص5334 ، أنظر في مخاطر العمل البنكي الإلكتروني بشكل عام :

– وليد العاكوم : مفهوم وظاهرة الإجرام المعلوماتي، منشور ضمن مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الجزء الأول، م، س، ص 11

– نائل عبد الرحمن صالح : واقع جرائم الحاسب في التشريع الأردني، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الجزء الأول، م، س، ص 189 وما بعد

– عبد الهادي شايب عينو : بعض المشاكل الناجمة عن استعمال المعلوماتية في البنوك، موقف القانون والقضاء، بحث منشور ضمن أعمال ندوة العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب، الندوة الثالثة للعمل القضائي

الفقرة الثانية : التزامات البنك المرتبطة باستخدام النظام الإلكتروني

فرض الإعتماد الكبير على تقنيات الحاسب الآلي في العمل البنكي على البنك العديد من التحديات، وأصبح من الواجب عليه القيام بأدوار جديدة لا بد له من ولوجها والتجاوب معها، فأصبح يلتزم بضمان سلامة النظام الإلكتروني المستخدم لإجراء التحويلات المالية (أولا)، ويتوجب عليه إتخاذ كافة التدابير اللازمة للحفاظ على خصوصية العميل وسرية معلوماته ومعاملاته (ثانيا).

أولا : سلامة نظام التحويل البنكي الإلكتروني

يتطلب الحفاظ على سلامة واستمرارية النظام الإلكتروني الذي تتم من خلاله عمليات التحويل من البنك الكثير من الجهد والمال، لما يستلزمه ذلك من إمكانات مادية وتقنية وبشرية، وهو ما يعتبر بلا شك من واجبات البنك الذي يسعى إلى توسيع دائرة أعماله وتسهيل الاتصال بالزبائن ونقل المعلومات إليهم وتنفيذ العمليات البنكية(1)، لكن توفير البنك لمختلف الوسائل التي من شأنها أن تحمي النظام الإلكتروني المستخدم قد لا يمنع وقوع بعض الأخطاء الفنية، مما يدعو إلى التساؤل حول طبيعة التزامات البنك تجاه النظام الإلكتروني الذي يستخدمه الزبون لإجراء عمليات التحويل، فهل يلتزم البنك بوضع نظام سليم وآمن بشكل كلي فيضمن بذلك أي ضرر يقع لعميله نتيجة قصور في هذا النظام، أم أن مجرد بذله العناية في ذلك يكون كافيا؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لا بد من الإشارة إلى أن معظم العقود المبرمة بين البنوك وعملائها فيما يتعلق بعمليات التحويل البنكي الإلكتروني تتضمن شروطا يعتبر البنك نفسه بموجبه غير مسؤولا عن أي ضرر يقع لعميل نتيجة قصور النظام الإلكتروني

والبنكي، المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المهنية لبنوك المغرب، الرباط 19-20 يونيو 1993، ص 130 وما بعد

- حورية التازي صادق: الحاسب والشخص المخادع والقاضي، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد11، 1986

(1)- وهناك علاقة طردية بين نظم الحماية وتعقيدها وتكاليف هذه الحماية وضرورتها، وكذلك تعقيد وتشابك استخدام الشبكات التي يقدم من خلالها البنك الخدمات لعملائه المرخص لهم، فكلما قلت التكاليف المرتبطة بأنظمة الحماية إلا وزاد قصورها، لكن ما تجدر الإشارة إليه أنه من المستحيل القول بوجود نظام إلكتروني سليم ودقيق بشكل كامل نظرا لتشعب الشبكات التي تقوم عليها تلك الأنظمة بحيث أن أي ضعف في أحد أطرافها يمكن أن يشكل خطرا على النظام ككل، لهذا فإنه يجب النظر إلى أنظمة الحماية بصورة شاملة ومن مختلف جوانبه، أنظر في ذلك :

- عادل محمود شرف وعبد الله إسماعيل عبد الله : ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الإنترنت، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الجزء الثاني، م، س، ص 393 وما بعد

المستخدم[1]، سواء كانت هذه الأضرار ناتجة عن وصول الغير إلى حساب العميل أو نتيجة لأحد الأعطال الفنية والتقنية بالأجهزة التي يضعها البنك رهن إشارة عملائه.

ويرى بعض الفقه[2] أن هذه الشروط تعتبر سليمة وعادلة في نفس الوقت، فهي تعتبر سليمة من الناحية القانونية لأن العميل يعطي موافقته عليها عند توقيعه على العقد الذي يربطه بالبنك، وهي عادلة لأنه يجب النظر إلى البنك على أنه مقدم خدمات لا أقل ولا أكثر، وبالتالي فإنه من غير الممكن أن نطلب منه أكثر من بذل العناية والحرص المطلوبين من مقدمي الخدمات العاديين، وفي توجه آخر نجد أن بعض الفقه[3] يعارض التوجه السابق ويطالب البنك بأكثر من مجرد بذل العناية معتبرا أن التزامه بتوفير نظام إلكتروني سليم هو التزام بتحقيق نتيجة، ذلك أن البنك هو الذي يقوم بوضع هذا النظام وهو الذي يتولى السيطرة والرقابة عليه وبالتالي فإنه يتحمل مسؤولية سلامته.

وعلى مستوى القضاء يلاحظ أن بعض المحاكم الفرنسة توجهت في هذا الاتجاه الأخير واعتبرت أن البنك يلتزم بوضع نظام سليم وآمن خالي من العيوب بشكل يمنع بموجبه أي استعمال غير قانوني، وفي حالة النزاع حول إحدى العمليات التي تمت باستخدام أداة تحويل فإن البنك هو الملزم بإثبات عدم حصول أي خلل أو قصور في الأجهزة والذي أدى إلى إيقاع الضرر بالزبون، فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف باريس "…. ليس مستبعدا أن يحتوي جهاز الصراف الآلي على أي خلل أو نقص في نظام

---

(1)- فعلى سبيل المثال نصت الفقرة الرابعة من الفصل التاسع من الشروط العامة لبطاقة فيزا بنك المغرب " إن البنك غير مسؤول عن أي عطب أو توقف مؤقت بسبب الشبابيك الأوتوماتيكية والذي يحول دون تمكن صاحب البطاقة من استعمال هذه الشبابيك"، كما تنص المادة الثالثة من الشروط العامة لتقديم الخدمات البنكية الإلكترونية للبنك العربي على أن " رغم استخدام البنك لكافة الوسائل الأمنية الممكنة للحماية من مخاطر انفتاح شبكة الإنترنت، غير أن البنك لا يعتبر مسؤولا عن أي ضرر قد يلحق العميل نتيجة للمخاطر المترتبة عن شبكة الإنترنت، وأن العميل وحده يتحمل كلفة المخاطر الناجمة عن الخدمة موضوع هذه الاتفاقية"، وتنص المادة 12 من الشروط العامة لتقديم خدمات إسكان اون لاين التابعة لبنك الإسكان " يوافق العميل على أن البنك لا يعتبر مسؤولا عن أي ضرر قد يلحق به نتيجة استخدامه لهذه الخدمات، وأن العميل وحده هو الذي يتحمل المسؤولية كاملة عن الأخطاء التي قد تحدث نتيجة تطبيق العميل لأي عملية مصرفية، ويتحمل العميل أيضا جميع الأضرار التي تلحق به وبأي طرف آخر نتيجة استخدام هذه الخدمات"، ونصت المادة العاشرة من نفس العقد على " يقر العميل بأن يخلي طرف البنك من أي مسؤولية، إذا تعذر عليه الدخول للخدمات الإلكترونية لأسباب خارجة عن إرادة البنك، كما أنه لا يترتب على البنك أي مسؤولية في حال عدم انتظام أو توقف الخدمة أو نتيجة الأعطال الفنية أو التقنية أو لأي أسباب كانت".

(2)- أنظر في ذلك :

- كيلاني عبد الرضى محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998ص193

- Gavalda (CH): sous cour d'appel de Paris 29 Mars 1985. D.1986 J.C.P 36

(3)- أنظر في ذلك :

- Simont(L)et Bruyneel(A): chronique de droit bancaire privé, les opérations de banque 1979-1986 Rev banque 1987.1986.P52

- Thunis (x): Responsabilité du banquier et automatisation des paiements, Thése ,montpellier 1994.P.354.

- Vasseur (M): Le paiement electronique aspects juridiques, J.C.P ed.1986.n°14641.

الأمان والسلامة المخصص للزبون، فذلك قد يكون السبب وراء تمكن السارق من تشغيل الآلة والوصول لحساب الزبون"[1].

وقد انتقد بعض الفقه[2] التوجه القضائي السابق على أساس أن التشكيك في كفاءة النظام الإلكتروني الذي يضعه البنك من شأنه إضعاف الثقة فيه، فافتراض عدم كفاءته من شأنه أن يحمل البنك عبئا ثقيلا لدحض هذه القرينة، بإثبات خطأ الزبون الذي أدى إلى وقع الضرر له، وهو ما يستحيل على البنك فعله من الناحية العملية، لأنه يصعب مراقبة جميع تصرفات الزبون وأفعاله التي يقوم بها بعيدا عن أعين البنك، وقد تبنت محكمة استئناف باريس في قرار آخر لها هذا التوجه الأخير عندما قررت أن " إثبات ضعف النظام وافتقاره لعناصر الأمان والسلامة يقع على عاتق الزبون، ولا يمكن أن يستشف من مجرد دخول الغير إلى حسابه..."[3]، فالعميل وفقا لهذا القرار هو المطالب بإثبات تقصير البنك في واجبه بوضع نظام آمن.

والحقيقة أن إعفاء البنك من هذا العبء ووضعه على عاتق العميل لا يحقق العدالة في شيء، فإذا كان يصعب على البنك إثبات صدور خطأ من طرف العميل، فإنه يستحيل على هذا الأخير إثبات صدور الخطأ من طرف البنك نظرا للطابع التقني والفني المعقد لأجهزة البنك، ولاحتكاره وسائل الإثبات بشأن العمليات التي تتم باستخدامها، وقد دفع هذا الأمر بمحكمة النقض الفرنسية إلى تبني التوجه الأول الذي يقضي بضرورة قيام البنك بوضع نظام آمن وسليم، وأن يكون ضامنا لسلامة هذا النظام، فهو مطالب بإثبات أن الضرر الواقع للزبون ليس نتيجة قصور أو خلل اعترى هذا النظام، فقد جاء في إحدى القرارات الصادرة عنها " لا يكفي من البنك أن يتخذ وسائل الأمن والسلامة المناسبة عند

(1)-وتتلخص وقائع هذه النازلة في أن احد العملاء قد رفع دعوى ضد البنك مطالبا إياه برد المبالغ التي تمت سرقتها من حسابه من جانب شخص أجنبي مستعينا ببطاقة العميل التي سرقت أيضا، ورفضت المحكمة الحجة المقدمة من البنك والمتمثلة في أن العميل أهمل في حراسة البطاقة الخاص به، مما مكن السارق من تشغيل جهاز السحب النقدي الآلي، وشددت المحكمة على واجب البنك بوضع نظام قادر على كشف الغش وإبطاله، أنظر في ذلك :

- Coud d'appel de Paris 1 dec 1980 .D,S1981 P369

(2)- حيث يرى هذا التوجه في معرض رده على التوجه السابق أنه عند منازعة العميل في أحد القيود الواردة في الحساب الذي يقوم بتشغيله بواسطة إحدى أدوات التحويل البنكي الإلكتروني، فإنه يكون ملتزما وفقا لقاعدة على من يدعي شيئا أن يثبته، بإثبات أنه ليس هو الذي أصدر الأمر باستخدام أداة التحويل الخاصة به سواء للوفاء أو للسحب، ولا يمكنه التشكيك بصحة وسلامة النظام الإلكتروني إلا إذا امتلك دليلا على ذلك، أنظر :

– كيلاني عبد الرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 192 وما بعد

- Gavalda (ch): note Cour d'appel de Paris 1 dec 1980 .D,S1981 P372

(3)- وقد وضع القضاء بذلك قرينة مفادها صحة وسلامة النظام الإلكتروني الذي يستخدمه البنك، وعلى الزبون أن يثبت عكس ذلك، فكل استخدام لأداة تحويل عن طريق الغش من طرف الغير، وأي قيد غير شرعي على حساب العميل لا يمكن أن يثبت وجود نقص في نظام الأمان والسلامة من جانب البنك، وإنما تكون القرينة مقررة لصالح البنك بوجود إهمال من جانب العميل في الحفاظ على أداة التحويل الخاصة به أو وقوع خطأ منه أدى إلى حدوث الضرر له، أنظر :

- Cour d'appel de Douai 26 oct 1983 ,D, 1985 P121

وضعه للنظام الإلكتروني، فالتزامه في ذلك التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية.."[1]، فلا يمكن وفقا لمحكمة النقض افتراض سلامة النظام الذي يضعه البنك بشكل كلي، فمن الممكن أن يؤدي أي خلل أو خطأ في هذا النظام إلى تقييد بعض العمليات التي لم يقم الزبائن بإجرائها فعلا، أو أن يتمكن الغير من استغلال هذا العطل لتنفيذ عمليات غير مشروعة.

وقد تبنى المشرع الفرنسي هذا التوجه الأخير في نصوص قانون النقد والمالية الحالي، فعلى الرغم من أنه لم ينص صراحة على تحمل البنك لجميع مخاطر النظام الإلكتروني الذي يستخدمه في تقديم خدمات التحويل من خلال اعتبار التزامه بسلامة هذا النظام التزاما بتحقيق نتيجة بشكل صريح، إلا أنه كذلك لم يفترض سلامة هذا النظام وخلوه من العيوب، وأوجب على البنك من خلال المادة (L133-23)[2] أن يثبت عدم تأثر القيود الواردة على حساب العميل بأي خلل في النظام المستخدم في كل حالة يدعي فيها هذا الأخير بوجود قيد غير مشروع على حسابه، فالبنك هو الذي يضع النظام وهو الذي يمتلك السيطرة عليه، ولا يعقل أن نطلب من العميل أن يثبت تأثر المعاملة بأحد لأخطاء التقنية، فهو غير قادر على الولوج إلى النظام الإلكتروني.

ولا شك أن توجه المشرع الفرنسي هذا يحاول تحقيق نوع من التوازن في العلاقة الرابطة بين البنك وعميله، فلا يحمل العميل عبء إثبات وجود خلل في النظام الإلكتروني الذي يضعه البنك وإنما يحمل البنك عبء إثبات عدم وجود هذا الخلل، وفي نفس الوقت يراعي الطابع التقني المعقد للعمليات الإلكترونية فلا يطلب من البنك إثبات صدور أي خطأ من طرف العميل للتحلل من مسؤوليته في ذلك، وإنما يكفي منه إثبات عدم تعرض أجهزته لأي خلل ما.

---

(1)- وقد قامت محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار وقرارات أخرى لاحقة بهدم القرينة التي كرستها بعض قرارات محاكم الاستئناف، والتي قضت بصحة وسلامة النظام الإلكتروني الذي يضعه البنك و تحميل العميل عبء إثبات العكس، وقد عاد بذلك القضاء الفرنسي إلى نهجه الأول الذي يفرض على البنك التزاما عاما بسلامة وأمان النظام الإلكتروني، ولا توجد قرينة باحترام البنك لهذا الالتزام، و إنما يقع عليه عبء إثبات أنه اتخذ كافة الاحتياطيات ووسائل الأمان اللازمة لسلامة العميل، أنظر :

- Cass.com 8 Oct 1991, D .S 1991 P1991.

- أشار إليه شريف محمد غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود،م، س، ص 37

(2)- ووفقا للتشريع الفرنسي يلتزم البنك بوضع نظام إلكتروني خالي من الأخطاء التزاما بتحقيق نتيجة، ووقوع أي ضرر للعميل يلزم البنك بأن ينفي أن يكون الضرر ناتجا عن خطأ في النظام الإلكتروني المستخدم، وهو ما يتنافى مع فكرة الالتزام بعناية، حيث أنه في هذا الأخير يكون عبء الإثبات يكون محمولا على الدائن الذي يدعي عدم بذل البنك للعناية اللازمة لتوفير النظام الأمن، بينما أن البنك هو الذي يلتزم وفقا للمادة السابقة بإثبات عدم صدور خطأ منه والذي يكون ناتجا عن خلل في النظام المستخدم، وهو ما يعني أن التزامه هنا التزام بتحقيق نتيجة، وقد جاء في هذه المادة :

" Lorsqu'un utilisateur de services de paiement nie avoir autorisé une opération de paiement qui a été exécutée, ou affirme que l'opération de paiement n'a pas été exécutée correctement, il incombe à son prestataire de services de paiement de prouver que l'opération en question a été authentifiée, dûment enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre"

وهو نفس التوجه تقريبا الذي تبناه التشريع التونسي الذي كان أكثر وضوحا في هذه المسألة حيث نص الفصل 7 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال صراحة على مسؤولية البنك في الحالة التي يكون فيها الضرر الذي وقع للزبون نتيجة وجود خلل في الوسائل التقنية المستعملة أو عيب في أداة التحويل، ويكون على البنك إثبات سلامة النظام الذي يستعمله وفقا لما جاء في الفصل 14 من نفس القانون[1].

أما بخصوص التشريع الأردني فمن خلال نص المادة 26 من قانون المعاملات الإلكترونية يمكن القول أن البنك يكون ملزما بوضع نظام سليم وآمن للتحويلات الإلكترونية فيتخذ جميع الإجراءات التي تمكن من تقديم خدمة مأمونة للزبائن[2]، إلا أن ما يلاحظ هو عدم قيام المشرع الأردني ببيان المسطرة واجبة الإتباع في حالة حدوث نزاع بين البنك والعميل حول مدى قصور هذا النظام، ولم يحدد كذلك الطرف الذي يقع عليه عبء إثبات وقوع خلل أو خطأ في هذا النظام.

وقد تدارك القضاء الأردني هذا الأمر في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة التمييز والذي جاء فيه "... ونجد أنــه قــدم لإثبات مديونية المدعى عليه لــه فقط شهادة تبين رصيد المديونية المدعــى وجودهــا وكشف حساب ولم تقدم أية كشوف أو فيش تبين الحركات التي نشأت عنها المديونية حتى تقتنع المحكمة بأن المدعى عليه مدين فعلاً للمدعي وأن المديونية التي يدعيها البنك وينكرها المدعى عليه ليست ناشئة عن خطأ في قيود البنك وإنما عن حركــات حصلت فعلاً وينبني على ذلك أن البينة المقدمة في هذه الدعوى غير كافية للحكم للمدعي بأكثر مما حكم به.."[3].

فيتبين من القرار السابق أن القضاء الأردني لا يفترض سلامة النظام الإلكتروني الذي يستخدم البنك بشكل كلي وإنما في حالة النزاع يجب على البنك أن يثبت واقعة سلبية كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي وهي عدم حصول الضرر نتيجة خلل في النظام الإلكتروني، وإثبات هذه الواقعة السلبية قد يتم من خلال التمسك بالتقييدات التي يجريها البنك عند إجراء الزبون لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني، أو من خلال إثبات واقعة أخرى إيجابية، وهي رجوع الضرر إلى سبب يرجع إلى الزبون نفسه، أو نتيجة لسبب آخر لا يد للبنك فيه بشرط أن يكون هذا السبب معفيا للبنك من المسؤولية وفقا للقواعد

(1)- وقد جاء في الفصل 7 من القانون التونسي للتحويل الإلكتروني للأموال "يتعين على المصدر... ويكون مسؤولا في الحالات التالية... وجود خلل في الوسائل التقنية أو خطأ في استعمالها أو عيب في أداة التحويــل الإلكترونــي للأموال"، كما نصت المادة 14 من نفس القانون " في حالة وجود نزاع بين المنتفع والمــصدر حــول عمليــة أو عمليات تحويل إلكتروني للأموال فإن إثبات صحة العملية وشرعيتها محمول على المصدر".

(2)- وقد نصت هذه المادة على أنه " على كل مؤسسة مالية تمارس أعمال التحويل الالكتروني للأموال وفقا لأحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه الالتزام بما يلي:- أ- التقيد بأحكام قانون البنــك المركــزي الأردنــي وقانون البنوك والأنظمة والتعليمات الصادرة استنادا لهما. ب- اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونــة للعملاء والحفاظ على السرية المصرفية."

(3)- قرار تمييز حقوق عدد 2004/1316 والصادر بتاريخ 15/09/2004 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

العامة، وبالتالي فإن تحميل عبء الإثبات للبنك يجعل من التزامه هذا التزاما بتحقيق نتيجة، فلا يمكن القول أن البنك يلتزم بتوفير نظام سليم التزاما ببذل عناية، ومع ذلك نحمله عبء إثبات خلو نظامه من أي عيب.

وبما أن المشرع المغربي لم يضع تنظيما قانونيا لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني فإن أساس التزام البنك بسلامة النظام الإلكتروني يقوم بناءا على القواعد العامة، وبالخصوص مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد[1]، والذي يتطلب من الشخص الذي يلتزم تجاه شخص معين أن يقوم بتنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد وفقا لحسن النية، ووفقا لهذا المبدأ فإنه لا يمكن للبنك أن يقوم بتقديم خدمات التحويل الإلكتروني لزبائنه دون أن يكون قادرا ضمان أمن النظام الذي يقوم بوضعه هو لتلك الغاية.

لكن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو وجوب أن يتم التمييز بين النظام الذي يقوم البنك بوضعه ويخضع لسيطرته، وبين ما لا يقع تحت تلك السيطرة، فبعض عمليات التحويل الإلكتروني تتم عبر شبكات وأجهزة لا يكون للبنك أي سلطة عليه، كالتي تتم من خلال جهاز الحاسب الخاص بالزبون أو عبر شبكة الإنترنت العالمية، وفي هذه الحالات من غير الممكن مطالبة البنك بضمان سلامة النظام الذي يعتمد على تلك الوسائل[2].

وفي المقابل فإن البنك يكون مسئولا عن النظام الإلكتروني الذي يمتلك السلطة القانونية عليه، فحتى لو لم يكن البنك يصنع بنفسه هذه الأنظمة[3]، ولا ينفذ بنفسه البرامج التي يعمل بها، وإنما يتعاقد مع إحدى الشركات المتخصصة في هذا المجال لتوريد هذه الأنظمة بما فيها من برامج تنفيذية بالمواصفات التي تتطابق مع نوع الأنشطة التي

---

(1)- وقد نص الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية..."، وتعهد البنك بتقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني للعميل يستلزم أن يتوفر البنك على جميع الوسائل التي تمكنه من تنفيذ التزامه هذا دون حصول أضرار لعملائه، وهو بتوفيره لتلك الوسائل يثبت حسن نيته، إلا أنه على الرغم من ذلك فإن هناك من الفقه من يرى بعدم إمكانية إقامة التزام البنك على حسن النية على اعتبار أن حسن النية في الأصل يكون مفترضا، ثم إن الهدف منه ليس هو استحداث التزامات جديد وإنما تفسير الالتزامات قائمة، أنظر في ذلك :

- محمد حسين منصور : المسؤولية الإلكترونية، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003 ص 113

- Leduc (F): Les specificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses. D. 1996 p 66

(2)- وقد نصت بعض عقود تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني على ذلك صراحة، عندما اعتبرت أن البنك لا يكون مسؤولا عن أي أضرار تنتج عن استخدام أجهزة أو برمجيات من طرف العميل.

(3)- وعلى خلاف ذلك يرى بعض الفقه أن البنك لا يملك سلطة التحكم والسيطرة الفعلية على النظام الإلكتروني،فهناك جهات عدة تشرف عليه، فشبكة الإنترنت تدار من جهة أخرى غير البنك وحتى أجهزة البنك ذاتها تقع في حقيقتها تحت سيطرة شركة البرمجيات التي تصمم برامج تطبيقيه للبنك كي يتمكن من إدارة أعماله البنكية، فإذا حصل الضرر للعميل نتيجة لعيب في النظام الإلكتروني(الرقمي) ذاته أو لخطأ العامل في البنك في إدخال المعلومات فكيف يمكن مسالة البنك عن إخلاله بالتزام بسلامة النظام ، أنظر :

- Leduc (F): Les spécificités de la responsabilité contractuelle du fait des choses. Op. Cit P66.

- نوري خاطر: مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الرقمي، م، س، ص 1806

يتعامل فيها البنك، فإنه والحال هذه يعتبر مالكا لهذا النظام، وتكون له السلطات القانونية عليه[1].

ثانيا : سرية المعاملات والمعلومات

تعتبر المهنة التي تمارسها البنوك من المهن التي تقوم على الثقة، فالأنشطة التي يمارسها البنك تجعله قادرا على الإطلاع على الكثير من المعلومات الخاصة بالأشخاص الذين يتعاملون معه وبالخصوص تلك المرتبطة بالجانب المالي لهم، لهذا فإن البنك يكون ملزما بالحفاظ على أسرار عملائه لا لحماية مصالحهم وحقهم في الخصوصية وحسب[2]، وإنما تحقيقا لمصلحة المهنة نفسها كذلك، إذ أن حماية أسرار العملاء والحفاظ عليها سيؤدي إلى الرقي بأخلاقيات المهنة البنكية وتجعل العملاء يطمئنون إلى تعاملهم مع البنك الذي يحفظ أسرارهم، تلك الثقة التي لولا وجودها لعزف الناس عن اللجوء إلى البنوك خوفا من إفشاء أسرارهم إلى الغير[3]

---

(1)- ويرى بعض الفقه أن تقدير سلوك البنك وما إذا كان قد احترم الالتزام بالأمان في نظامه الإلكتروني أم لا ينبني على مؤشرين أساسيين، أولها مدى قدرة النظام الإلكتروني على تأمين خدمة بنكية منتظمة، حيث إن هذا المؤشر يفرض على البنك أن يضع تحت تصرف العميل نظاما الكترونيا قادر على معالجة أوامر وتعليمات العميل بشكل صحيح ومنتظم وآمن، ويقصد بذلك أن يحشد البنك وسائل تمنع من وقوع الأخطاء عند تنفيذ أمر العميل، سواء كانت وسائل بشرية على مستوى عال من الخبرة أو نظاما إلكترونيا سليما، للحد من وقوع الأخطاء في التنفيذ، ويستدعي وجود هذا النظام الإلكتروني بما يحتاجه من تكنولوجيا عالية، وجود حرص و انتباه شديدين من جانب البنك في الاستعمال، فإذا حدث عارض في التشغيل، أو في نظام المعالجة نتيجة استخدام التكنولوجيا المعقدة، فمن الطبيعي أن يتحمل البنك مخاطر هذه التكنولوجيا، ويلتزم بتعويض العميل على أساس إخلاله بالالتزام بضمان سلامة تنفيذ أوامر وتعليمات العميل، أما المؤشر الثاني فهو مدى قدرة النظام الإلكتروني الذي يضعه البنك على إبطال أي غش قد يقع، ويقصد بهذا المؤشر أن تكون لدى البنك والنظام الالكتروني ككل القدرة على إصدار الأوامر توقف أي استخدام غير مشروع، عن طريق ما يسمى نظام تحديد هوية المستخدم والتعرف عليه (Identification System)، ويفرض الالتزام بالأمان وفقا لهذا المؤشر على البنك التزامات ثانوية عديدة منها، إصدار وسيلة اتصال آمنة بربط العميل بالبنك، وتجديدها المستمر، وتخصيص إدارة لمتابعة التنفيذ الالكتروني للعمليات التي تتم واكتشاف الأخطاء وتفاديها، وتمكين العميل من الإبلاغ عن وجود أعمال غير مشروعة تجري باسمه، هذا بالإضافة إلى ضرورة قيام البنك بإلغاء العملية أو بغلق الكتروني للمنفذ فور اتصال العميل به، وللتفصيل أكثر أنظر في هذا الصدد :

- Thunis (x): Responsabilité du banquier et automatisation des paiements.Op.Cit. P.354.

- شريف محمد غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود،م، س، ص 37

(2)-وبما أن التعامل مع البنوك أصبح من الأمور الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها في وقتنا الحاضر، فقد قامت معظم التشريعات ومن بينها التشريعين المغربي والأردني بإلزام البنوك بالحفاظ على أسرار عملائها تحت طائلة كل من المسؤوليتين المدنية والجنائية، وقد نظم التشريع المغربي السرية المصرفية في المواد 79 إلى 84 من القانون رقم 34.03 والمتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، وقد نصت المادة 79 على أنه " يلزم بكتمان السر المهني جميع الأشخاص الذين يشاركون بأي وجه من الوجوه في إدارة مؤسسات الإئتمان أو تسييرها أو تدبيرها أو يكونوا مستخدمين لديها....". أما بالنسبة للتشريع الأردني فقد نظم السرية البنكية في المواد 72 إلى 75 من قانون البنوك، ونصت المادة 72 من على أنه " على البنك مراعاة السرية التامة لجميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم لديه ويحظر إعطاء أي بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر...".

(3)- أنظر في ذلك :

ويشمل نطاق السرية البنكية جميع المعلومات والبيانات الخاصة بفتح الحساب كيفما كان نوعه أو تسميته، كما يشمل كافة العقود التي يبرمها البنك مع الزبون كعقد القرض والوديعة والرهن، وبصفة عامة كافة البيانات الشخصية والمالية للزبون والعمليات التي يقوم بإجرائها[1]، وما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن التزام البنك بضمان سرية بيانات الزبون ليس التزاما مطلقا، فقد يكون كشف هذه المعلومات في بعض الأحيان ضروريا لحماية مصلحة أسمى من المصالح المبتغاة من وراء إحاطتها بالسرية، لهذا نصت التشريعات على بعض الاستثناءات التي يمكن فيها للبنك تجاوز هذا الالتزام وكشف بعض المعلومات التي يلتزم بسريتها في الأحوال العادية وذلك في بعض الحالات ولبعض الجهات المحددة بمقتضى القانون[2].

- غنام محمد غنام : حدود المسؤولية الجنائية للمصارف عن مخالفة واجب السرية وعن غسيل الأموال، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الثالث، م، س، ص 1317 وما بعد
- أسامة عبد الله قايد : المسؤولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الرابع، م، س، ص 1679 وما بعد
- عزيزة الشريف : التوازن في المعادلة بين حق العميل في الخصوصية وحق البنك في مشروعية التعامل المالي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الرابع، م، س، ص 1751 وما بعد

(1)- وحول الأساس القانوني لالتزام البنك بالسرية انقسم الفقه في اتجاهين، أحدهما يرجح نظرية العقد، والآخر يرى أن الأساس القانوني للسرية يقوم على النظام العام، ويرى بعض أصحاب الاتجاه الأول أن عقد الوديعة يمثل أساس تحمل البنك بالسرية، لأن العميل في الوقت الذي يودع أمواله في البنك يودع معها سره وتعليماته ويلتزم البنك بموجب هذا العقد بالحفاظ على السر وعدم إفشائه، إلا أن هذه النظرية تعرضت للنقد ،حيث إن اعتبار السر وديعة وأن العقد بين البنك والعميل هو عقد وديعة يحمل معنى التجاوز لأن عقد الوديعة لا يرد إلا على المنقول والسر ليس منقولا بل هو أمر معنوي، أما أنصار الاتجاه الثاني فيرون أن سر المهنة يتعلق بالنظام العام وليس نتيجة عقد صريح أو ضمني بين العميل والمؤتمن، معللين ذلك بأن المشرع حرص على خلق جو من الثقة بين العميل والأمين على السر، ولا يمكن لتلك الثقة أن تتحقق إلا بضمان عدم خيانة الأمين على السر، ووسيلة ذلك فرض الجزاء الجنائي والمدني واعتماد فكرة النظام العام كأساس للإلتزام بالكتمان البنكي وكافة الأسرار الأخرى، وبذلك تتحقق مصلحة المجتمع، خصوصاً وأن طبيعة السر تتجاوز نظام العقد ،كما أن مصالح المتعاقدين تتعلق بالمجتمع بطريق مباشر أو غير مباشر، لكن إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للمسؤولية الجنائية، فإنه بالنسبة للمسؤولية المدنية تقوم السرية على أساس عقدي بحيث يسأل البنك في إطار قواعد المسؤولية العقدية ما لم ترفع الدعوى أمام القضاء الجنائي بالتبعية فيتم النظر فيها على أساس تقصيري، أنظر في مختلف تلك النظريات والتوجهات :

- عبد المولى علي متولي:النظام القانوني للحسابات السرية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 ص 290 وما بعد
- محيي الدين إسماعيل علم الدين:موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، م، س، ص219
- سميحة القليوبي : الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1992 ص222

(2)- وقد أوجب المشرع على البنك في نصوص متعددة إفشاء سر المهنة تحقيقا للمصلحة العامة، وينحصر هذا الالتزام في إبلاغ البنك المركزي بالبيانات والإيضاحات عن العمليات التي يباشرها، وكذلك لمراقبي الحسابات، أو بناءا على طلب القضاء عندما يستدعي الأمر للفصل في نزاع قائم، أو لغايات مكافحة غسيل الأموال، أنظر في هذه الإستثناءات :

وقد أدى استخدام الحاسب في الميدان البنكي سواء لتخزين البيانات الخاصة بالزبائن أو لتقديم الخدمات والتواصل معهم إلى طرح إشكال فيما يتعلق بمدى توافق التكنولوجيا الحديثة مع التزام البنك بالسرية المهنية(1)، فمما لا شك فيه أن الحاسب بحد ذاته يمثل أكبر تهديد للخصوصية والسرية في وقتنا الحالي، وتتجلى أوجه مخاطره في القدرة على تجميع المعلومات وتكوين صورة واضحة عن الفرد بما تغدو المعلومات المجمعة عنه بالغة الخطورة، فالبنك تتجمع لديه معلومات كبيرة عن زبونه، وعند ربط بعضها ببعض يمكن من خلالها معرفة دخله الشهري بشكل دوري وثابت، والدخول الإضافية ومصدرها، وكيف يصرف أمواله ولمن، وتواريخ وأماكن ومناسبات صرفها من خلال أحد عمليات التحويل الإلكتروني أو غيرها من العمليات المختلفة(2)، مما يجعل من السهولة تحديد الشخص ومعرفة تحركاته بدقة وهو ما يؤدي إلى إمكان استخدام كل تلك المعلومات لأغراض غير مشروعة.

والواقع أن مجرد تخزين معلومات عن الزبون في حواسيب البنك لا يعني أنها انتقلت من دائرة الخصوصية إلى دائرة العلانية، كما يجب العلم أن رضا الزبون عن تجميع وتخزين المعلومات عنه لا يعني حرية تداولها ونقلها إلى الكافة، فمن الناحية العملية يجب أن يكون الهدف من اختزان المعلومات عن العميل من أجل استعمالها إما في النطاق الداخلي للبنك ذاته المسئول عن الحاسب الآلي ولأغراضه الداخلية ودون أن يدخل في الاستخدام نقل المعلومة إلى الغير(3)، وإما في النطاق الخارجي عندما ينقلها البنك لجهة

- عزيزة الشريف : التوازن في المعادلة بين حق العميل في الخصوصية وحق البنك في مشروعية التعامل المالي، م، س، ص 1776
- أسامة عبد الله قايد : المسؤولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة، م، س، ص 1701

(1)- أنظر في ذلك :
- قيس بن محمد مبارك : إفشاء سر المهنة المصرفي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الرابع، م، س، ص 1717 وما بعد
- فوزي أوصديق : إشكالية المعلوماتية بين حق الخصوصية وإفشاء الأسرار المهنية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الرابع، م، س، ص 1727 وما بعد
- محمد عبدالمحسن المقاطع : حماية الحياة الخاصة للإفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي ، دراسة تحليلية نقدية ، مطبوعات جامعة الكويت 1992 ، ص79 وما يليها

(2)- أنظر في ذلك :
- محمد عبدالمحسن المقاطع : حماية الحياة الخاصة للإفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي، م، س، ص 79

(3)- ويرى البعض أنه يمنع على البنك إدخال هذه المعلومات إلى الحاسب الآلي حتى لا تكون عرضه للانتقال إلى جهات مالية أخرى فقد يقوم البنك بتقديم تقرير حول مسلك الزبون وانتظام معاملاته والوفاء بها وحدود الإئتمان الذي منح له والفترة الزمنية التي تم التعامل من خلالها، ففي هذا الإطار يرى بعض الفقه أن تخزين هذه المعلومات التي تنطوي على تقدير المسلك الشخصي في مجال الإئتمان قد تجعل من الممكن إفشائها وتبادلها مع البنوك الأخرى، مما يؤدي إلى إلحاق أضرار جسيمة بالشخص الذي تفاجأ بإغلاق الإئتمان في وجهه، أنظر:
- عزيزة الشريف : التوازن في المعادلة بين حق العميل في الخصوصية وحق البنك في مشروعية التعامل المالي، م، س، ص1765

خارجية عنه لخدمة أهدافه مثل جهة الرقابة أو جهات الرقابة التي تشرف على تداول الأموال.

لكن قيام البنك بتخزين المعلومات الخاصة بعملائه في أجهزة الحاسب الآلي قد يجعل منها هدفا سهلا، فقد يحدث اعتداء على هذه المعلومات من طرف الغير بشكل مباشر أو لدى استفادة العملاء من الخدمات التي تقدم بواسطة تلك الأجهزة، لإجراء عمليات غير مشروعة كالسحب من أرصدتهم دون وجه حق أو التحويل من حساب لآخر، أو لتغطية اختلاس أو عجز ما، أو لمجرد التجسس والتصنت وكشف الأسرار المالية، فإذا كان من المؤكد أن مثل هذه الأفعال تدخل في نطاق التجريم، فإن التساؤل يطرح حول مدى إمكانية مسائلة البنك مدنيا في مثل هذه الحالات؟

لعل من المنطقي القول في هذا الإطار أن الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات التزام ببذل عناية[1] نظرا لكون تنفيذ هذا الالتزام يرتبط بالعديد من العوامل الفنية والإجرائية المعقدة التي قد لا يكون جزءا منها خاضعا للسيطرة الفعلية للبنك، لهذا فإنه من الضروري على البنك اتخاذ إجراءات الحيطة اللازمة لمنع تسرب السر إلى غير المسئول عن الحاسب الآلي، وكذلك الحفاظ على البيانات لمنع تشوهها أو إتلافها أو

- السيد محمد اليماني : تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية ، مسؤولية البنك عنها تجاه المستعلم، منشور بمجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة أسيوط، 1979، ص 54
- حسام الأهواني : الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي ، منشور في أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي مطبوعات جامعة الكويت، ط الأولى ، 1994 ، ص 108
- محمد عبدالمحسن المقاطع : حماية الحياة الخاصة للإفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي، م، س، ص 80 وما بعد

(1)- ولهذا فإن الفقه يرى بأن التزام البنك بالسرية المهنية لا يختلف إذا ما أستخدم الحاسب أم لم يتم استخدامه، فهو يخضع للقواعد المدنية والجنائية التي تجرم إفشاء السر المهني بشكل عام، وبما أن رضا العميل يعتبر من الأسباب التي تسمح للبنك بكشف السر المهني يشير البعض الآخر من الفقه إلى أن الرضى المفترض بإدخال المعلومة إلى نظام التعامل الآلي ينسحب إلى النشر والتداول المتوقع وفقا للغرض من البرنامج، بحيث لا يمتد إلى نقل المعلومات غير المرتبط بهذا الغرض، كما أن هذا الرضى يقابله التزام قانوني على البنك بحدود هذا النشر أو نقل المعلومة بما تقتضيه المصلحة العامة وفي حدودها، وهو التزام إذ يمس الحياة الخاصة فهو يتعلق بالنظام العام ويخضع لرقابة القضاء أو الجهات الرسمية المشرفة على نظام تداول معلومات البنك والتي تحدد الإطار الذي من خلاله تنتقل المعلومة ومن ثم الخروج عليه يشكل المسؤولية عن هذا الإخلال، وعلى الرغم من أن القانون البنكي المغربي لم ينص على حالة إفشاء السر بسبب رضا العميل على خلاف ما فعل القانون البنكي الأردني في المادة 72، فإنه من الطبيعي القول أنه يمكن للبنك كشف أسرار عميله بموافقة منه، إذ أن حفظه لهذا السر مقرر لمصلحة العميل وحماية حقه في الخصوصية، ويحق للعميل التنازل عن حقه، ، أنظر في ذلك :

- غنام محمد غنام : حدود المسؤولية الجنائية للمصارف المالية عن مخالفة واجب السرية وعن غسيل الأموال، م، س، ص1317
- عزيزة الشريف: التوازن في المعادلة بين حق العميل في الخصوصية وحق البنك في مشروعية التعامل المالي، م، س، ص1767
- أيمن إبراهيم العشماوي : المسؤولية المدنية عن المعلومات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 44 وما بعد
- قيس بن محمد آل الشيخ مبارك : إفشاء سر المهنة المصرفي، م، س، ص 1717 وما بعد

تحويرها أو إطلاع أشخاص غير مأذون لهم عليها، كما يلتزم بضمان حسن التنظيم الفني والإداري للجهة المسئولة عن الحاسب وحسن اختيار المستخدمين ووضع النظم اللازمة لرقابتهم حفاظا على سلامة المعلومات، فضلا عن التحديد الضيق والدقيق لعدد المستخدمين، الذين يحق لهم الدخول إلى المعلومة ووسائل التحقق من شخصياتهم، وإذا ما ثبت تقصير البنك في اتخاذ هذه الإجراءات اللازمة للحفاظ على سرية معلومات العملاء كان مسؤولا تجاههم.

والحقيقة أنه إذا كان العمل في بيئة الحاسب الآلي لا يؤثر في شيء على الالتزام المفروض أصلا على البنك بحفظ السر المهني، فإن الملاحظ أن بعض التشريعات انتبهت إلى الخطورة التي يشكلها استخدام الحاسب الآلي في معالجة المعلومات ذات الطابع الشخصي، وفي هذا الصدد قام المشرع المغربي بوضع قانون خاص[1] لحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، أوجب فيه على كل شخص يقوم بحكم وظيفته بإجراء عمليات آلية تتضمن معطيات شخصية أن يوفر الإجراءات التقنية والتنظيمية الملائمة لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي من الإتلاف العرضي أو غير المشروع أو الضياع العرضي أو التلف أو الإذاعة أو الولوج غير المرخص، خصوصا عندما تستوجب المعالجة إرسال معطيات عبر شبكة معينة[2].

وعلى خلاف ما فعل المشرع المغربي لم تقم غالبية التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بالتطرق إلى التزام البنك بالسرية في ظل تعامله مع الزبائن بواسطة نظام الكتروني، لهذا فإنه لا يمكن القول إلا أن البنك يبقى مسئولا مدنيا عن أسرار زبائنه، ولا يقلل من مدى وطبيعة هذا الالتزام استخدامه للحاسب الآلي نظرا لأن مثل هذا الالتزام يتعلق بالنظام العام وباعتبارات الثقة التي يوليها الزبون للبنك، وبالتالي فإن الحفاظ على السرية البنكية في إطار عمليات التحويل الإلكتروني لا يخضع لأحكام

---

(1)- قانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.09.15 بتاريخ 18 فبراير 2009 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5711 والصادرة بتاريخ 23 فبراير 2009.

وقد عرف هذا القانون المعطيات ذات الطابع الشخصي في المادة الأولى على أنها " كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه..."، وعرفت نفس المادة عملية معالجة المعطيات على أنها " كل عملية أو مجموعة من العمليات تنجز بمساعدة طرق آلية أو بدونها وتطبق على معطيات ذات طابع شخصي ، مثل التجميع أو التسجيل أو التنظيم أو الحفظ أو الملائمة أو التغيير أو الاستخراج أو الاطلاع أو الاستعمال أو الإيصال عن طريق الإرسال أو الإذاعة أو اي شكل آخر من أشكال إتاحة المعلومات ، أو التقريب أو الربط البيني وكذا الإغلاق أو المسح أو الإتلاف"

(2)- وذلك في المادة 23 تحت عنوان الإلتزام بالسرية وسلامة المعالجات والسر المهني، وقد عرفت المادة الأول المسؤولية عن المعالجة بأنه " الشخص الذاتي أو المعنوي أو السلطة العامة أو المصلحة أو أي هيئة تقوم، سواء بمفردها أو باشتراك مع آخرين ، بتحديد الغايات من معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ووسائلها . إذا كانت الغايات من المعالجة ووسائلها محددة بموجب نصوص تشريعية أو تنظيمية ، تجب الإشارة إلى المسؤول عن المعالجة في قانون التنظيم والتسيير أو في النظام الأساسي للهيئة المختصة بموجب القانون أو النظام الأساسي في معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي المعنية"

استثنائية، وهو ما يمكن ملاحظته بالرجوع لبعض القوانين التي نظمت تلك العمليات، فعلى سبيل المثال أحال المشرع الأردني صراحة في المادة 26 من قانون المعاملات الإلكترونية على القواعد الخاصة بالسرية الواردة في القانون البنكي عندما أشار إلى أنه يجب على البنوك أن تحافظ على السرية المهنية عند إجراء عمليات التحويل(1).

المطلب الثاني

التزامات البنك في إطار تنفيذ عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

تتحدد مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني في عدم قيامه بالواجبات الملقاة على عاتقه بعدم احترام المقتضيات التعاقدية أو تلك التي تفرضها عليه القوانين، وسنقوم في هذا المطلب بمحاولة بتحديد الالتزامات المفروضة على البنك في إطار هذه العمليات من خلال تقسيمه إلى فقرتين نتناول في(الفقرة الأولى) التزامات البنك المتعلقة بأداة التحويل والإثبات، وفي (الفقرة الثانية) التزاماته المتعلقة بتنفيذ عملية التحويل البنكي الإلكتروني.

الفقرة الأولى: التزامات البنك المرتبطة بأداة التحويل والإثبات

تعتبر أدوات التحويل البنكي الإلكتروني من ضمن وسائل الأداء التي يقوم البنك بوضعها تحت تصرف عملائه وإدارتها، ومن ثم يلتزم البنك عند إبرام عقد تقديم خدمات التحويل الإلكتروني بوضع الوسيلة المستخدمة لإجراء عمليات التحويل رهن إشارة عميله، وذلك يرتبط بمجموعة من الشروط التي يجب على البنك أخذها بعين الاعتبار، من بينها ما يتعلق بأداة التحويل نفسها (أولا)، ومنها ما يتعلق بالوسائل التي يوفرها البنك لإثبات العمليات التي تتم باستخدام تلك الأداة (ثانيا).

أولا : التزامات البنك المتعلقة بأداة التحويل

يجب على البنك لدى إصداره أداة تحويل إلكتروني لأحد عملائه أن يتحقق من خصائص الأمان والسلامة التي تتضمنها تلك الأداة، فلا يجوز له إصدار أي وسيلة تفتقر لهذه العناصر، والتي تعد من ضروريات العمل في البيئة الإلكترونية، كما يلتزم البنك كذلك بضمان سرية المعلومات التي تحتويها أداة التحويل عند إصدارها وقبل توصل العميل بها(2)، فأداة التحويل قد تتضمن بعض الرموز والمعلومات التي من المفترض أن

(1)- وقد نصت المادة 26 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه "على كل مؤسسة مالية تمارس أعمال التحويل الالكتروني للأموال وفقا لأحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه الالتزام بما يلي:- أ- التقيد بأحكام قانون البنك المركزي الأردني وقانون البنوك والأنظمة والتعليمات الصادرة استنادا لهما. ب- اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونة للعملاء والحفاظ على السرية المصرفية."

(2)-إذا التزم البنك بإصدار أداوت التحويل البنكي الإلكتروني في شكل معين ومميز يسهل على العميل التعامل بها، فإنه يجب أن تكون هذه الوسائل تتوفر لها في نفس الوقت الخصائص التكنولوجية الحديثة التي تكفل لها الحماية ضد التزوير والتقليد، أنظر :

تبقى سرية وأن لا يعلم بها أي شخص ما عدى العميل صاحب الحق في استخدامها، فيلتزم البنك بضمان عدم وصول أداة التحويل وكافة الرموز ومفاتيح التعريف والمعلومات المرتبطة بها إلى غير الأشخاص المخول لهم استخدامها.

ويشمل التزام البنك بسرية أداة التحويل تسليمها هي وكافة الرموز والمعلومات الخاصة بها إلى الزبون شخصيا، حتى لا تكون هناك فرصة للادعاء باحتمال وصولها للغير أثناء قيام البنك بإرسالها، مع العلم انه قد يتم اعتماد الإرسال بواسطة البريد في بعض الحالات بالرغم من المخاطر التي تحيط به، ومع ذلك فإن البنوك تكون حريصة دائما على أن تحصل على دليل قاطع على تسليم أداة التحويل للزبون شخصيا حتى تتفادى بعد ذلك المسؤولية الناتجة عن ضياعها أو سرقتها أو استعمالها غير المشروع من طرف الغير[1]، وغالبا ما يتم التسليم مباشرة من قبل فرع البنك المبرم معه العقد إلى الزبون دون أن يتم إرسالها إليه، وإذا ما تم إرسال أداة التحويل أو أحد العناصر المكونة لها سواء بواسطة البريد العادي أو المضمون أو الإلكتروني أو بأي وسيلة أخرى فإن البنك يتحمل جميع المخاطر الناتجة عن ذلك[2].

- فايز نعيم رضوان: بطاقات الوفاء، م، س، ص 121

وفي هذا الصدد نصت الفقرة الأولى من المادة (L133-15) من قانون النقد والمالية الفرنسي على أنه :

" Le prestataire de services de paiement qui délivre un instrument de paiement doit s'assurer que les dispositifs de sécurité personnalisés de cet instrument tels que définis à l'article L. 133-4 ne sont pas accessibles à d'autres personnes que l'utilisateur autorisé à utiliser cet instrument.."

كما نص الفصل 5 من القانون التونسي للتحويل الإلكتروني للأموال على أنه " على المصدر أن : يضمن سرية الرمز أو الرموز الممنوحة للمنتفع..."

(1)-فالبنك يتحمل المسؤولية عن سرية الوسائل الخاصة باستخدام أداة التحويل البنكي الإلكتروني، فلا يجوز له إفشائها أو تسليمها إلا للعميل نفسه، حتى لا يعطي الفرصة لهذا الأخير للإدعاء بحدوث إفشاء للرقم السري أثناء إرساله له أو للمعلومات الخاصة بأداة التحويل، ولا شك أن خطورة إرسال أداة التحويل أو المعلومات المتعلقة بها بشكل غير ملائم كبيرة حيث إن العميل قد لا يعلم بالضرورة بحدوث هذا الإفشاء عند تسلمه لأداة التحويل، كما أن البنك من جانبه قد لا يعلم بوصولها للغير إلا بعد استعمالها، وتجدر الإشارة إلى أنه يقع على البنك عبء إثبات أنه سلم أداة التحويل من الناحية المادية للعميل أو للمفوض من قبله تفويضا خطيا بالاستلام، وإذا عجز البنك عن إثبات ذلك فانه لا يستطيع أن يقيد قيمة المبالغ التي تمت باستخدامها على حساب عميله، لأن هذا الأخير لم يستلمها بعد، أما بالنسبة للمكونات غير المادية لأداة التحويل كالرموز والأرقام السرية فإن البنك ملزم بتسليمها للعميل بشكل شخصي ويدوي، وعادة ما يتم ذلك في البنك بواسطة ظرف مغلق ومن ثم يقوم العميل بالتوقيع على وصل يتضمن إقراره باستلامها بشكل شخصي، أنظر في هذا الصدد :

- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة م، س، ص 207
- محمد الشافعي : بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص51

(2)- أنظر في ذلك :

- محمد الشافعي : بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص51
- كيلاني عبد الرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 578
- عبد الهادي النجار : بطاقات الإئتمان والعمليات المصرفية الإلكترونية، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص53

وما تجدر الإشارة إليه أن البنك لا يستطيع إصدار أي أداة تحويل لم يتم الاتفاق على إصدارها بينه وبين العميل المستفيد منها، وقد نصت معظم التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني على هذا الشرط حماية للعميل وحتى لا يتم تعميم استخدام مثل هذه التقنيات من طرف البنوك بشكل تعسفي وإجبار عملائها على التعامل بها[1].

وبالإضافة إلى ذلك يلتزم البنك بوضع جميع الوسائل والأدوات والأجهزة اللازمة لاستخدام أداة التحويل التي يقوم بإصدارها، كنشر الشبابيك الآلية، وتوفير قبول معقول لها في الأداء من خلال التعاقد مع مختلف التجار والمنظمات الدولية المختلفة الراعية لبعض وسائل التحويل البنكي الإلكتروني كالبطاقات البنكية ولا شك أن هذه الالتزامات الأخيرة تخضع للسلطة التقديرية للمؤسسة البنكية[2]، التي ستراعي بطبيعة الحال مصالحها أكثر

---

(1)- أنظر في هذا الصدد :

- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطائق الإئتمان لممغنطة، م، س، ص207

- الصديق محمد الأمين الضرير : بطاقات الإئتمان ، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الثاني، م، س، ص 674

وهذه القاعدة تتمثل في حظر الإرسال الجبري لأدوات التحويل البنكي الإلكتروني، فلا يستطيع البنك ممارسة الإرسال الجبري لوسيلة من وسائل التحويل الإلكتروني، بل يجب على العميل الذي يرغب في الاستفادة منها التقدم بطلب بذلك، وهذا يتماشى مع نص المادة الخامسة من توصية اللجنة المشتركة للجماعة الأوربية الصادرة في 17 نوفمبر 1988 والتي جاء فيها " لا يمكن إرسال أية وسيلة للوفاء للمستهلك إلا إذا قام بطلبها..."، وفي هذا الصدد نصت المادة 6 من قانون التحويل الإلكتروني التونسي على أنه " يمنع على المصدر في غير حالات التجديد أو التعويض، أن يسلم إلى المنتفع أو غيره بطاقة لم يطلبها"، كما نصت المادة 6 من توصيات البنك المركزي الأردني الصادرة بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني أنه " أ- لا يجوز للبنك إصدار أي أداة تحويل إلكترونية لعميل معين يمكن استخدامها في إجراء تحويل إلكتروني إلا بناء على طلب هذا العميل. ب- يمكن للبنك استبدال أو تجديد أداة التحويل الإلكتروني الصادرة سابقا لأحد عملائه على أن يشعر العميل بذلك"، أما قانون النقد والمالية نصت من المادة (L133-15) منه على أنه :

" ...Le prestataire de services de paiement s'abstient d'envoyer tout instrument de paiement non sollicité, sauf dans le cas où un instrument de paiement déjà donné à l'utilisateur de services de paiement doit être remplacé"

(2)- يلتزم البنك بإنشاء نظام للتحويل الإلكتروني للأموال سواء للوفاء لدى التجار الذين يقبلونها في الأداء لديهم بأثمان السلع والخدمات التي يقدمونها، أو كوسيلة لتواصل العميل مع حسابه المفتوح لدى البنك عن بعد للإيداع والسحب المباشر للأموال، لهذا فإنه من الطبيعي عدم وجود هذا النظام إلا إذا قام البنك بتوفير مستلزمات تشغيله، كأجهزة الشبابيك البنكية الآلية، وإنشاء مواقع خاصة على شبكة الإنترنت، ويلتزم كذلك بتزويد التجار الذين يقبلون أدوات التحويل الإلكتروني للأموال في الوفاء بالأجهزة الإلكترونية اللازمة لتنفيذ الأداء بواسطتها، وبأجهزة ومستلزمات التشغيل اللازمة لاشتراكهم في نظام التحويل الإلكتروني للأموال، كأجهزة نقاط البيع أو آلة الأداء الالكترونية "TPE" وأشرطة الورق الخاصة بها التي تستخدم لطباعة الفواتير التي تقوم هذه الآلة نفسها بطباعتها وتسليمها عند كل عملية أداء، وعادة ما يقوم البنك بوضع هذه الآلات و الفواتير أو الأوراق تحت تصرف التاجر مجانا وعلى سبيل الأمانة حيث تبقى في ملكية البنك ويلتزم التاجر بالمحافظة عليها وردها إليه بعد انتهاء العقد، أنظر في ذلك :

- محمد توفيق سعودي: بطاقات الإئتمان والأسس القانونية الناتجة عن استخدامها، دار الأمين القاهرة، 2002 ص 52

من مراعاتها لمصلحة العملاء، كما يجب على البنك أن يضمن تمكن الزبون من الإطلاع على أمر التحويل قبل وبعد إرساله للبنك حتى يستطيع التأكد من المبلغ محل العملية وباقي البيانات الأخرى المرتبطة بها، ويكون ذلك من خلال الأجهزة المعدة لإرسال أوامر التحويل والتي عادة ما تتضمن شاشات تمكن الزبون من الإطلاع على الأوامر قبل إرسالها[1].

كما قد يلتزم البنك بفتح اعتماد لمصلحة العميل في حالة تقديم بعض أدوات التحويل التي تتطلب ذلك كبطاقات الائتمان[2]، سواء من خلال اتفاق مستقل، أو من خلال ما قد يتضمنه استخدام بعض وسائل التحويل من منح اعتماد حتمي يقوم العميل بتسديده للبنك بحسب الاتفاق الذي يتم بينهما، وفي حالات استثنائية قد تقوم البنوك بمنح أداة التحويل للعميل دون ربطها باعتماد معين إذا كان الوضع المالي لهذا الأخير لدى البنك مليء.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض أنواع وسائل التحويل من غير تلك التي ترتبط بفتح الاعتماد قد تسمح للعميل بتجاوز رصيده الموجود لدى البنك في حدود مبلغ ضئيل وفي إطار ضيق وذلك لتشجيعه على التعامل في مثل هذه الأنواع من أدوات التحويل، وفي هذه

- نزيه محمد الصادق المهدي: نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الإئتمان من الوجهة القانونية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الثاني م، س، ص 791
- عصام حنفي محمود: الطبيعة القانونية لبطاقات الإئتمان، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الثاني، م، س، ص 897

(1)- وفي هذا الإطار نصت المادة 13 من تعليمات البنك المركزي الأردني بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني للأموال على أنه " يجب أن يمكن النظام الإلكتروني المستخدم في عملية التحويل الطرف الآمر بالتحويل من معرفة نتيجة أمر التحويل الإلكتروني الذي تم إرساله من حيث القبول أو الرفض وأسباب الرفض، وذلك بالطريقة التي يتفق عليها البنك والعميل خلال الفترة المتفق عليها".

(2)-عرفت المادة 524 من مدونة التجارة المغربية فتح الاعتماد بأنه " التزام البنك بوضع وسائل للأداء تحت تصرف المستفيد أو الغير المعين من طرفه في حدود مبلغ معين من النقود"، كما جاء في المادة 118 من قانون التجارة الأردني أنه " في عقود فتح الاعتماد المادي يلتزم فاتح الاعتماد أن يضع بعض الأموال تحت تصرف المعتمد له فيحق له أن يتناولها دفعة واحدة أو دفعات متوالية بحسب احتياجه خلال ميعاد"، وعلى الرغم من اختلاف الفقه حول تعريف الإعتماد، فإن مفهوم هذا الأخير وهدفه يظلان على العموم كامنين في تعهد البنك المانح بوضع مبلغ معين من النقود تحت تصرف زبونه المستفيد خلال مدة معينة أو غير معينة، وهو ما ينطبق على ما يحدث في إطار بطاقات الإئتمان على الخصوص، حيث يتعهد البنك في هذا النوع من البطاقات بوضع وسيلة للأداء تحت تصرف عميله في حدود مبلغ معين من النقود "مبلغ الإعتماد"، على أن يقوم بتسديده خلال مدة معينة وفقا لشروط فتح الإعتماد المتفق عليها في العقد المبرم بين البنك وحامل البطاقة، مما يجعلها بذلك تخضع لما يخضع له عقد فتح الإعتماد من شروط وأحكام، أنظر في ذلك :

- محمد لفروجي : العقود البنكية، م، س، ص 340 وما بعد
- فداء يحي محمود: النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، م، س، ص 38
- فايز نعيم رضوان: بطاقات الوفاء، م، س، ص 265
- عبد العزيز توفيق: بطاقات الإعتماد والسحب، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المهنية لبنوك المغرب، الرباط 9-10 يونيو 1993ص153

الحالة لا يعتبر هذا الرصيد العرضي بمثابة فتح للاعتماد طبقا للفقرة الثانية من المادة 524 من مدونة التجارة المغربية(1).

ثانيا : التزامات البنك المتعلقة بإثبات عمليات التحويل وتوثيقها

يمتلك البنك نظم المعلومات التي تستخدم لإجراء عمليات التحويل ويضعها تحت سيطرته ورقابته، لهذا فإنه يكون محتكرا للوسائل التي يمكن بواسطتها إثبات العمليات التي تمت من خلال النظام الإلكتروني، وقد أثار هذا الاحتكار لوسائل الإثبات العديد من الإشكالات القانونية، أهمها عدم استطاعة العميل في الحصول على الوسائل التي تمكنه من إثبات قيامه أو عدم قيامه بأي من عمليات التحويل الإلكتروني في حالة وقوع نزاع بينه وبين البنك(2)، لهذا فقد ألزمت التشريعات البنك بالاعتماد على نظام يمكن مختلف الأطراف من إثبات العمليات التي تمت من خلال نظام التحويل الإلكتروني، لا لضمان مصالحه وحسب وإنما لحماية مختلف الأطراف.

ويرتكز هذا النظام على ضرورة قيام البنك بتوفير مختلف الوسائل التي تمكن العميل من إثبات العمليات التي تمت بواسطة أداوت التحويل عن طرق تزويده بإشعار عن كل عملية قام بإجرائها(3)، على أن يتضمن هذا الإشعار جميع العناصر الأساسية للعملية من تاريخ ووقت إجرائها، والمبلغ الذي تتضمنه ونوع العملية وغيرها من التفاصيل التي قد يحتاجها العميل أو البنك في حالة النزاع، وقد أكدت بعض التشريعات على أهمية مثل هذا

(1)- والتي نصت على أنه " لا يعد الرصيد المدين العرضي فتحا للاعتماد"، وقد أكد القضاء المغربي على ذلك في أحد القرارات الصادرة عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء والذي جاء فيه " وحيث إن الحساب البنكي وإن كان يفتح بالأساس لإيداع النقود لدى البنك، فإنه يستعمل كذلك كوسيلة لإجراء العديد من العمليات البنكية ، كان يحصل الزبون على الائتمان ولو بصورة ضمنية من البنك وذلك على شكل تسهيلات وهذا لا يتطلب إنشاء عقد فتح الاعتماد وقد أكدت ذلك المادة 524 من مدونة التجارة التي نصت على أن الرصيد المدين العرضي لا يعتبر فتحا للاعتماد، وحيث إن المبدأ المتعارف عليه في العمل البنكي هو أنه بمجرد فتح حساب لدى البنك لا يؤدي لوحده إلى أحقية الزبون في الاستفادة من الإئتمانات وقد نص على ذلك الفصل 499 من مدونة التجارة الذي جاء فيه لا يؤدي اتفاق على فتح الحساب لوحده إلى فتح اعتماد لفائدة الزبون، يجب أن يؤدى الرصيد المدين العرضي حالا من طرف الزبون، ما لم يحصل على موافقة المؤسسة البنكية".

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 99/1327 والصادر بتاريخ 1999/09/21 (غير منشور)

(2)- وسنقوم بتناول هذه الإشكالات في الجزء المخصص للإثبات في هذه الدراسة

(3)- وما يلاحظ أن هناك من الفقه من يشكك في مدى صلاحية التوصيلات والإشعارات لاستخدامها من طرف العميل كوسائل للإثبات ذلك أن الإيصال في هذه الحالة والمطبوع آليا لا يوضح توضيحا صحيحا بعض البيانات المتعلقة بالعملية التي تمت، ومن ذلك الأخطاء المنصبة على قيمة السحب وتاريخ وساعة العملية، وقد تنتج هذه الأخطاء عن مجرد قصور ميكانيكي بسيط عند طبع الإيصال، والحقيقة أن مثل هذه المبررات غير كافية لاستبعاد هذه الوسائل إذ أنها قد تكون هي الوسائل الوحيدة التي يملكها العميل لإثبات العمليات التي أجراها، وبالإضافة إلى ذلك فإن وضع التزام قانوني بتسليم العميل هذه الإيصالات سيجعل البنك يتجنب الأخطاء، أنظر:

- كيلاني عبدالرضى محمود : المسؤولية عن الإستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان ، م، س، ص 17

الإشعار كوسيلة إثبات في يد الزبون من خلال النص عليه كالتزام يقع على عاتق البنك(1).

ويكون هذا الإيصال أو الإشعار مطابقا للتسجيلات المغناطيسية أو الإلكترونية التي توثق مختلف عمليات التحويل بتسجيلها داخل الآلات المعدة لذلك، والتي تسمح وحدها بنسبة العملية إلى حساب العميل، وتكمن الفائدة الحقيقة لهذا الإيصال في أنه يعطي للزبون إمكانية حفظ أثر فوري للعملية المنفذة قبل إسنادها إلى حسابه.

وبالإضافة إلى الإشعار الفردي الخاص بكل عملية يقوم بها العميل فإن البنك ملزم بإرسال كشف بالنفقات التي تمت باستخدام أداة التحويل البنكي الإلكتروني بشكل دوري(2)، على أن يتضمن هذا الكشف جميع التفاصيل الخاصة بجميع العمليات التي تم تقيدها في الحساب، ويرى بعض الفقه(3) أن هذا الكشف يجب أن يكون تفصيليا ويشتمل العمليات(4) التي قام بها أو استفاد منها الزبون خلال الفترة التي استعمل فيها أداة التحويل

(1)- نص الفصل 5 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي على أنه " يجب على المصدر ..يضع على ذمة المنتفع الوسائل اللازمة التي تمكنه من الإطلاع على العمليات المنجزة وعلى الرصيد إثر كل عملية تحويل إلكتروني للأموال." كما جاء في المادة (14 -L314) من قانون النقد والمالية الفرنسي أنه:

" le prestataire de services de paiement fournit sans tarder sur support papier ou sur un autre support durable à l'utilisateur les informations relatives à cette opération précisées par voie réglementaire"

(2)- وقد نصت جميع التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني على التزام البنك بإرسال كشف للعميل بصفة دورية يتضمن النفقات التي تمت باستخدام أداة التحويل، فعلى سبيل المثال نصت المادة 16 من تعليمات التحويل الإلكتروني للأموال الصادرة عن البنك المركزي على أنه " على البنك أن يرسل للعميل كشفا دوريا بتفاصيل أوامر التحويل الإلكتروني"، بينما نجد الفصل 4 من قانون التحويل الإلكتروني التونسي نص على البيانات التي يجب أن يحتوي عليها الكشف الذي يرسله البنك للعميل بصفة دورية وهي " -تعريف العملية، تاريخ العملية وقيمتها، المبلغ المخصوم من حساب المنتفع بالدينار التونسي أو بالعملة عند الاقتضاء وسعر العملة عند الخصم، مبلغ المصاريف والعمولات المطبقة على كل عملية والمحمولة على المنتفع"

(3)- أنظر في ذلك :

- محمد عبد الحليم عمر: بطاقات الإئتمان، ماهيتها والعلاقات الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانون م، س، ص674
- عصام حنفي محمود موسى: الطبيعة القانونية لبطاقات الإئتمان، ي م، س، ص891
- فايز نعيم رضوان: بطاقات الوفاء، م، س، ص164
- محمد الشافعي : بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م س، ص 70

(4)- وتجدر الإشارة هنا إلى أنه في إطار التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني يجب على البنك أن يخصص كشف حساب خاص بالعمليات التي تتم باستخدام أداة التحويل والغالب في هذه الحالة أن يتم إرسال الكشف للعميل كل شهر، أما في التشريعات التي لم تنظمها كالمشرع المغربي فإنه يمكن أن يتم تخصيص كشف خاص لتلك العمليات بالإتفاق بين البنك والعميل، أما إذا تم الاكتفاء بإرسال كشف حساب واحد يتعلق بالحساب البنكي عادة ففي هذه الحالة يجب إرساله كل ثلاثة أشهر على الأقل مع إمكانية إرساله قبل ذلك، فعلى سبيل المثال تنص المادة 3/7 من نموذج طلب بطاقة روبي ماستركارد ومصرف المغرب على أنه "إن العمليات الناتجة عن استعمال البطاقة ستكتب على الكشف الشهري (روبي) أو على الكشف البنكي المبعوث لصاحب الحساب"، وقد ألزم المشرع المغربي البنك في إطار الحساب البنكي بإرسال كشف حساب للزبون كل ثلاثة أشهر على الأقل، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 491 من مدونة التجارة على أنه " توجه نسخة من

الخاصة به استعمالا مشروعا، مع الإشارة إلى الرصيد المتبقي للعميل من المبلغ المسموح به.

وتبرز الأهمية الخاصة للكشف الذي يقوم البنك بإرساله للعميل في كونه يمكن هذا الأخير من الإطلاع على النفقات التي أجراها باستخدام أداة التحويل ومراقبة القيود الواردة على حسابه والتأكد من مدى صحتها، لهذا نجد أن البنوك تلزم العميل الذي يشك في صحة أحد القيود الواردة على حسابه أن يعترض لديها داخل أجل محدد يبدأ من تاريخ استلامه للكشف، مع افتراض توصله بالكشف وعلمه به بعد مرور مدة معينة[1]، ويثار الإشكال في هذا الصدد حول مدى أحقية الزبون في المنازعة بتوصله بكشف الحساب من الأصل، إذا ما تم إرساله بواسطة البريد العادي؟

للإجابة على هذا التساؤل يشير بعض الفقه[2] أن الزبون يملك إثبات أن الكشف لم يصل إليه بكافة طرق الإثبات، كون هذه الواقعة واقعة مادية والقرينة التي يضعها البنك والتي تفترض توصل العميل بالكشف هي قرينة بسيطة يمكن دحضها ولا يمكن الاحتجاج بها على الزبون بصورة مطلقة، خاصة إذا لم يصدر منه تقصير أو إهمال.

الفقرة الثانية : التزامات البنك المرتبطة بتنفيذ العمليات

يلتزم البنك قبل تنفيذ الأمر الصادر عن الزبون باستخدام أداة التحويل الإلكتروني بالتأكد من البيانات الخاصة بالأداة المستخدمة ومن كونها قد استخدمت من طرف الشخص صاحب الحق في ذلك، وهو ما يتم إجرائه عادة بشكل آلي[3] بواسطة الجهاز

الكشف للزبون كل ثلاثة أشهر على الأقل"، إلا أن هذا لا يمنع من الاتفاق على إرساله خلال مدة تقل عن ثلاثة أشهر كأن يتم إرساله كل شهر مثلا.

(1)- وفي غالب الأحيان يشترط البنك على العميل ضرورة إعلامه في حالة الإعتراض على أحد القيود الواردة بكشف الحساب داخل أجل 30 يوما تبدأ مدتها من تاريخ استلامه للكشف تحت طائلة سقوط حقه في ذلك، أنظر في ذلك :

- ممدوح الرشيدات: محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، م، س، ص 216

- فداء يحيى الحمود : النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، م، س، ص37

(2)- أنظر في ذلك :

- محمد توفيق سعودي : بطاقات الإئتمان والأسس القانونية الناتجة عن استخدامها، م، س، ص30

- فداء يحيى الحمود : النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، م، س، ص37

(3)- ففي البداية تقوم أداة التحويل بتنفيذ عدد من عمليات الرقابة بعد إدخالها في الجهاز الإلكتروني ،والهدف من عمليات الرقابة هذه هو تأكد البنك من صحة الأداة المقدمة إليه وصحة الرقم السري، وعلى إثر الحوار المتبادل بين أداة التحويل المقدمة والآلة يتم تنفيذ عدد من عمليات الرقابة بسرعة متناهية ومن هذه العمليات مدى صحة الأداة وتاريخ انتهاء صلاحيتها والرقابة عليها مقارنة بقائمة للتعرضات تتضمن أرقاما لأدوات التحويل وللمصدرين غير المأذون لهم أو لم يعد مأذونا لهم، فإذا قبلت الآلة الإلكترونية أداة التحويل باعتبارها صحيحة، يمكن لعملية إصدار الأمر أن تتلاحق في حين تظهر قيمة العملية المطلوب إصدار الأمر لها على شاشة خاصة، وبناء على طلب الآلة الإلكترونية يقوم الزبون بتركيب رقمه السري ثم الضغط على مفتاح القبول.

- كيلاني عبدالرضى محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان م.س.ص408

الذي يمرر من خلاله أمر التحويل إلى البنك والذي يتطلب تركيب الرمز السري الخاص بالعميل، وخصوصا في الحالات التي يتم فيها التواصل بين الزبون والبنك بشكل مباشر، لكن كما هو معروف فإن بعض أدوات التحويل البنكي الإلكتروني وضعت لتكون أداة يستخدمها الزبون لوفاء بأثمان السلع والخدمات التي يستهلكها، وفي حالات كهذه يتم تمرير أمر التحويل عن طريق الطرف المستفيد بعد أن يتأكد من بعض البيانات التي تختلف باختلاف أداة التحويل.

والحقيقة أن مثل هذا الالتزام لا يطرح إشكالا في الحالات العادية لأن البنك يقوم من خلال العقد الذي يبرمه مع الزبون وكذلك مع الأشخاص الذين يقبلون استيفاء حقوقهم من خلال أدوات التحويل بتوضيح بعض الشروط والإجراءات التي يجب إتباعها وفي حالة احترامها وإصدار الأمر بشكل سليم فإن البنك يقوم بتنفيذ العملية في الوقت المحدد(1)، لكن قد يثار إشكال إذا ما أدعى العميل أن الأمر الصادر عنه لم يتضمن جميع العناصر الخاصة بالأمر الناجز بالتحويل، وهنا يطرح التساؤل حول طبيعة البيانات التي يجب أن يتضمنها الأمر لاعتباره ناجزا؟

إن الطريقة التي فيها استخدام أدوات التحويل عادة تقتضي إتباع مجموعة من الإجراءات والخطوات كما في تمرير البطاقة البنكية في أحد الأجهزة القارئة (ATM) أو (TPS) ومن ثم تركيب الرقم السري وتأكيد المبلغ المراد تحويله ليصبح الأمر الموجه إلى البنك ناجزا، والواقع إن استخدام الرقم السري هو الذي يعبر عن رغبة العميل وإرادته بالالتزام بالأمر الذي قام بتوجيهه، وفي بعض الأحيان قد يتم استخدام أداة التحويل دون حاجة إلى استعمال الرقم السري كما هو الحال عند استخدام البطاقة البنكية للوفاء عن طريق الإنترنت بمجرد تركيب الأرقام الظاهرة على الجسم المادي للبطاقة، ففي هذه

وعلى الرغم من أن هذه العملية تتم بشكل إلكتروني غالبا فقد نصت بعض التشريعات على ضرورة قيام البنك بالتأكد من البيانات الخاصة بأداة التحويل وبالزبون مالك تلك الأداة قبل قيامه بتنفيذ أي عملية، ومن تلك التشريعات القانون التونسي للتحويل الإلكتروني للأموال والذي جاء في فصله السابع انه " يتعين على المصدر قبل إنجاز عملية التحويل الإلكتروني للأموال التثبت من هوية المنتفع ومن أداة التحويل الإلكتروني للأموال".

(1)- فعلى سبيل المثال في بعض أدوات التحويل الإلكتروني للأموال المعدة للأداء يلتزم التاجر الذي يقبل أداة التحويل كوسيلة لوفاء أثمان السلع والخدمات التي يقدمها ببعض الالتزامات الغاية منها مراقبة مدى سلامة أداة التحويل المستخدمة، والتأكد من شخصية حاملها، وفي حالة عدم قيامه بالتزاماته تلك فإنه يفقد حقه في استخلاص المبالغ التي تمت باستخدامها، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " من بين التزامات التاجر أثناء قبول الأداء بواسطة البطاقات التأكد من هوية الزبون وعدم تجزئة مبلغ الشراء وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 4 من الشروط العامة، وبما أن المستأنف عليه لم يستطع الإدلاء بما يفيد التأكد من هوية الزبون سيما وانه لم يدل بنسخة من جواز سفره كما تفرض عليه الاحتياطات الواجب اتخاذها في مثل هذا النوع من العمليات وبحكم مستوى المبالغ المدرجة في الفواتير الثلاث، وحيث أفاد الخبير كذلك في تقريره بأن البطاقات التي تم بها أداء الفواتير من طرف حاملها كانت مزورة، وحيث انه استنادا إلى ما جاء في الخبرة فإن المستأنف عليه يكون قد اخل بمقتضيات العقد الذي يربطه بالطاعن الشيء الذي يرتب المسؤولية العقدية في مواجهة ويكون مسؤولا عن الفعل الذي قام به زبونه ومن تم فان الاستئناف يكون مبررا مما يتعين اعتباره وإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب"

– قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2004/1446 والصادر بتاريخ 2004/04/28 (غير منشور)

الحالة يجب على البنك أن يتأكد من وجود أمر صريح وواضح صادر من الزبون بإجراء عملية التحويل، وهو مطالب باتخاذ إجراءات إضافية للتأكد من صدور أمر ناجز بالوفاء.

وقد طرحت هذه الحالة أمام القضاء الفرنسي حيث رأى قضاء الموضوع أن البنك ليس له التدخل في العلاقة التي تجمع الزبون بالتاجر، وأنه ملزم بإجراء عملية التحويل التي توصل بها بواسطة التاجر طالما أن هذا الأخير لم يستعمل وسائل احتيالية للحصول على البيانات الخاصة بأداة التحويل، لكن محكمة النقض نقضت هذا القرار على اعتبار أن البنك كان يجب عليه النظر في شروط المعاملة التي تم إجرائها بين البنك والزبون ومعرفة ما إذا كانت العملية تتضمن أمرا ناجزا من الزبون بالوفاء للتاجر حتى ولو قام العميل بوضع البيانات الخاصة به بكل طواعية، لأن قيام العميل بتزويد التاجر ببيانات أداة التحويل قد لا يكون الهدف منه دفع المبلغ المراد تحصيله للتاجر، بل لكي يضمن هذا الأخير توفر العميل على وسيلة يستطيع من خلالها الأداء بعد قيامه بتزويده بالخدمات التي يحتاجها.

والحقيقة أن قرار محكمة النقض الفرنسية هذا يضرب في العمق أحد المبادئ التي يقوم عليها التعامل بوسائل الأداء الحديثة خصوصا بطاقات الأداء البنكية، وهو مبدأ إستقلالية العلاقات التي تجمع بين مختلف أطراف نظام الوفاء، ويقوم هذا المبدأ على أن العلاقة بين كل من البنك والعميل، وهذا الأخير والتاجر مستقلة عن بعضها البعض، بحيث لا يمكن للعميل أن يتمسك في مواجهة البنك بالدفوع الناتجة عن علاقته بالتاجر، واعتبار محكمة النقض الفرنسية أن البنك كان عليه مراقبة مدى كون الأمر الذي صدر عن العميل ناجزا، إنما هو دعوة للبنك للتدخل في إطار العلاقة بين العميل والتاجر ومعرفة ما إذا قام العميل باستيفاء الخدمة أو السلعة التي يقدمها التاجر قبل الوفاء له بالمبالغ التي سبق وأمر بها العميل، ولا شك أن مثل هذا القرار يؤيد فكرة تلاشي ما يطلق عليه ضمان الوفاء، والذي يكون البنك بموجبه ملزما بالوفاء بمجرد صدور الأمر ودون أن يكون له مناقشة العلاقة بين التاجر والعميل، بعد ظهور تقنيات الإتصال الحديث التي تقوم على الربط المباشر مع حساب العميل عند استخدام أداة التحويل (1).

---

(1)- أنظر في ذلك :

- cass.com 24 mars 2009, www.courdecassation.fr

وللتوسع أكثر في فكرة ضمان الوفاء، أنظر :

- سميحة القليوبي: وسائل الدفع الحديثة، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، الجزء الأول، م، س، ص 81
- كيلاني عبدالرضى محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م.س، ص427
- محمد الشافعي : بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص 196
- Bertrand (A) et Ledech (P.H): la pratique du droit des cartes,Op.Cit, P160
- Rives Lange (J.L) et Raynolud (M): Droit bancaire. 4eme éd. 1986. P319

وعلى أي حال فبمجرد صدور الأمر بشكل صحيح ومشتملا جميع الشروط المطلوبة يكون البنك ملزما بإجراء العملية في الوقت الذي تم الاتفاق عليه، وفي بعض الحالات تتم عملية التحويل بشكل فوري كما في عمليات سحب وإيداع النقود عبر أجهزة الصراف الآلي، بينما في حالات أخرى قد يتطلب الأمر بعض الوقت إذا ما كان الهدف من العملية نقل الأموال من حساب إلى آخر وهنا يتم التنفيذ في الوقت المتفق عليه بين الطرفين، ويتم تنفيذ العملية في الوقت الذي يتلقى فيه البنك أمر التحويل من طرف الزبون عادة أو قبل نهاية يوم العمل الذي تلقى فيه البنك هذا الأمر، أما إذا اتفق الطرفان على تنفيذ الأمر بعد مدة معينة أو في وقت محدد أو بعد أن يقوم الزبون بتوفير مبلغ العملية في حسابه فإنه يجب على البنك تنفيذ العملية قبل نهاية يوم العمل الذي يوافق اليوم المحدد بين الطرفين أو الذي وفر فيه الزبون المبالغ المالية المراد تحويلها[1].

والعملية كما سبق وقلنا تكون ناجزه بالنسبة للزبون بمجرد صدور موافقة البنك على إجرائها وبعد التحقق من أداة التحويل وهوية الزبون، فيصبح البنك ملزما تجاه المستفيد بتمام العملية وتحويل الأموال إليه[2]، ويكون مسئولا عن عدم تنفيذه للأمر الناجز بالتحويل، لكن هل هذه المسؤولية تقوم بمجرد عدم تنفيذ الأمر أم أنه يجب أن يقع ضرر للزبون نتيجة لذلك؟

يرى بعض الفقه[3] في هذا الصدد بضرورة وقوع ضرر للعميل نتيجة عدم تنفيذ البنك لعملية التحويل حتى يمكن القول بمسؤولية هذا الأخير، لأن المسؤولية تقوم على أركانها الثلاث وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، بينما يرى البعض الآخر من الفقه[4]

---

(1)- وبما أن الأمر الصادر من العميل يكون ناجزا فإن البنك يصبح مسؤولا في الحالات التي لا يقوم بها بالوفاء للتاجر إذا كانت عملية التحويل الإلكتروني تتضمن أمرا بالوفاء، ليس بوصفه ضامنا للوفاء للتاجر وإنما بصفته وكيلا عن الزبون في الوفاء، وفي نفس هذا الإتجاه :

- كيلاني عبد الرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص583

ونظرا لاستخدام تقنيات الربط المباشر بين حساب العميل وأداة التحويل لدى استخدامها، فإنه لا يمكن القول بأن البنك لا يكون له التمسك بغياب الرصيد وبالتالي عدم الوفاء للتاجر، ذلك أن التاجر نفسه يكون قد تأكد من وجوده لدى استخدام أداة التحويل، أنظر:

- نبيل محمد أحمد صبيح: بعض الجوانب القانونية لبطاقة الوفاء والإئتمان المصرفية، م، س، ص 246

- محمد توفق سعودي: بطاقات الإئتمان والأسس القانونية الناتجة عن استخدامها، م، س، ص 28

- فايز نعيم رضوان: بطاقات الوفاء، م، س، ص162

(2)- ليس لأن البنك يعتبر ضامنا للوفاء وإنما لأن حق المستفيد أصبح متعلقا بهذه الأموال من الوقت الذي صدر فيه الأمر الناجز من العميل، ففي الوقت الذي يصل فيه الأمر للبنك ويقوم بقيد المبلغ على حساب العميل الآمر أوتوماتيكيا، فإن هذه الأموال تخرج من ذمته المالية، وتصبح دين مستحق للمستفيد في ذمة البنك.

(3)- أنظر في هذا الصدد :

- Nicolas (G): le nouveau contrat commerçant. R.banque n°7 .1989, P 71

(4)- وهذا الإتجاه يتوافق مع ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السابعة من توصية اللجنة المشتركة للجماعة الأوروبية الصادرة في 17 نوفمبر 1988 والتي جاء فيها أنه "يعد المصدر مسؤولا في مواجهة الحامل المتعاقد عن عدم التنفيذ أو التنفيذ الخاطئ للعمليات المنصوص عليها في المادة الأولى، حتى لو تم تنفيذ العمليات من

أن البنك يعد وكيلا عن العميل في مثل هذه العمليات، وبالتالي فإنه يكون مسئولا إذا لم يقم بالتنفيذ الصحيح للوكالة ومن الممكن أن تشمل المسؤولية الخسائر المادية عن التنفيذ المتأخر أو غير الصحيح أو الرفض غير المبرر لتنفيذ الأمر بالتحويل، لهذا فالبنك يعتبر مسئولا ليس على الغش فقط بل كذلك عن الخطأ في تنفيذ الأمر الصادر بالتحويل مثل تحويل مبلغ أكثر أو أقل مما أمر به الزبون، أو تسجيل مبلغ في حساب الزبون يختلف عن المبلغ الذي الفعلي الذي تمت فيه العملية خطأ، بالإضافة إلى رفضه تنفيذ أمر الوفاء بدون سبب مشروع، وفي هذه الحالات يجب على البنك تصحيح أخطائه بداية بتصحيح القيود في الحساب ومن ثم يتحمل الضرر الناتج عن العملية بدفع التعويض(1).

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز للبنك بعض الحالات رفض تنفيذ الأمر الذي يصدر عن الزبون، كما هو الحال بالنسبة للحالة التي لا يتوفر فيها حساب الزبون على رصيد كافي لتنفيذ العملية أو في حالة تجاوزه للائتمان الممنوح له، بالإضافة إلى الحالات التي يثور فيها الشك حول صحة البيانات التي يتضمنها أمر التحويل، وقد أكدت بعض التشريعات التي نظمت التحويل البنكي الإلكتروني على حق البنك في رفض إجراء عمليات التحويل في بعض الحالات الأخرى، كما فعل المشرع الفرنسي في المادة (D133-1) والتي احتفظ بموجبها بحق البنك في رفض إجراء أي عملية لأسباب تبررها مصلحة أمن وسلامة نظام التحويل، وكذلك في الحالات التي يشك فيها البنك باستخدام وسائل احتيالية لإصدار أمر التحويل، وفي حالة رفض البنك إجراء عملية التحويل فإنه يجب عليه إخطار الزبون في الوقت المناسب بهذا الرفض وأسبابه، ما لم يكن إعطاء مثل هذه المعلومات محظورا لتفادي مخاطر معينة أو بموجب قوانين خاصة، وهو ما نصت عليه المادة (L133-10) من قانون النقد والمالية الفرنسية(2).

خلال جهاز إلكتروني لا يملك المصدر السيطرة المباشرة أو المطلقة عليه، والعمليات غير المصرح بها بواسطة الحامل المتعاقد، أنظر في ذلك :

- كيلاني عبد الرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص583

(1)- وقد جاء في المادة 9 من تعليمات البنك المركزي الأردني بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني للأموال أنه " أ- يجوز للبنك تصحيح الأخطاء التي تحدث في التحويلات الإلكترونية للأموال دون تفويض مسبق من العميل، إذا كانت هذه الأخطاء تتعلق بعكس مبلغ أو جزء منه سبق أن تم قيده لحساب أو على حساب العميل خطأ. ب- إذا ظهر أي من الأخطاء التي تحدث في التحويلات الإلكترونية للأموال في كشف حساب العميل المعني، فإن على البنك إشعار العميل بذلك بالطريقة المتفق عليها مع العميل."، كما نص الفصل 8 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي على أنه " في الحالة التي يكون فيها المصدر مسؤولا، يجب عليه أن يدفع للمنتفع في أجل لا يتجاوز شهرا من تاريخ الإعلام المنصوص عليه بالفصل 10 من هذا القانون، قيمة العملية المتنازع فيها والمصاريف وفوائض التأخير المنجزة عنها وذلك بقطع النظر عن التعويض عن الخسائر الأخرى التي قد تلحق المنتفع".

(2)- أما بالنسبة للتعليمات الصادرة عن البنك المركزي الأردني فلم تضع قواعد بخصوص الحالات التي يمكن للبنك فيها رفض إجراء عملية التحويل، وإنما نصت في المادة 13 فقط على ضرورة إخطار البنك للعميل بأسباب هذا الرفض، وبالنسبة للمشرع التونسي فقد أقر صراحة مسؤولية البنك لعدم تنفيذ عملية التحويل التي أصدر بها العميل أمرا في المادة 7 والتي جاء فيها " ويكون مسؤولا – أي المصدر- في الحالات التالية : عدم تنفيذ

المبحث الثاني

نطاق مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني

إن تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني بشكل سليم وآمن يتطلب نوعا من التعاون والتواصل بين كل من البنك والعميل الذي يستفيد من هذه الخدمات، فيلتزم هذا الأخير بمجموعة من الالتزامات يقوم البنك بتوضيحها له لدى إبرام العقد، وتنفيذ الزبون لواجباته من عدمه يرتب أثرا على نطاق مسؤولية البنك بشكل سلبي أو إيجابي، وبالتالي فإن الحديث عن نطاق مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني يتطلب بحث جميع العوامل التي من شأنها أن تؤثر في هذا النطاق من بينها الواجبات التي تقع على عاتق الزبون في الحفاظ على أمن نظام التحويل[1] (المطلب الأول)، قبل تحديد نطاق مسؤولية البنك عن كل قيد يعتبره العميل غير مشروع(المطلب الثاني).

المطلب الأول

واجبات الزبون في إطار عمليات التحويل الإلكتروني

يتميز العمل البنكي الذي يتم باستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة بكون العميل يستطيع من خلاله إجراء العمليات دون الحاجة إلى الاتصال المادي المباشر بالبنك أو مستخدميه، باستخدام الوسائل التي تتيح له الوصول لحسابه عن بعد التي يوفرها البنك، وحقيقة أن الزبون يمتلك مفاتيح الخزانة التي يحتفظ له فيها البنك بأمواله توجب عليه تحمل مسؤولية الحفاظ عليها (الفقرة الأولى)، وإخطار البنك بكل واقعة من شأنها تؤدي إلى إمكانية وصول الغير إلى حسابه (الفقرة الثانية)، وأخيرا التعرض على كل قيد يعتبره غير مشروع على حسابه (الفقرة الثالثة).

العملية المأذون بها بواسطة أداة تحويل إلكتروني للأموال أو تنفيذها تنفيذا خاطئا..."، إلا أنه عاد وقرر في نفس المادة أن البنك يعفى من المسؤولية في الحالات التي يكون فيها عدم التنفيذ راجع إلى أمر طارئ.

(1)- وسنقوم في هذا الصدد بالتطرق لالتزامات العميل التي ترتبط بالاستخدام السليم والآمن لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني، مع العلم أن الفقه المهتم يرى بأن التزامات العميل لا تقتصر على ذلك وإنما هناك عدة التزامات أخرى تقع على عاتقه، فيلتزم العميل على سبيل المثال عند التعاقد مع البنك بإعلام هذا الأخير بجميع العناصر اللازمة لتحديد شخصيته عند انعقاد العقد، فإذا ما تبين أن المعلومات المقدمة خاطئة أو غير صحيحة كتقديم إسم خاطئ أو جنسية غير صحيحة، فإنه يسأل على أساس المسؤولية المدنية فيتحمل تعويض الإضرار التي تقع للبنك نتيجة عدم إمكانية إستيفاء مستحقاته، كما يكون مسؤولا جنائيا إذا ما تحققت عناصر بعض الجرائم كالنصب والاحتيال التزوير في المحررات وكلها تقضي بإيقاع عقوبة جنائية على مرتكبها، أنظر:

- كيلاني عبد الرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص604
- فايز نعيم رضوان : بطاقات الوفاء، م، س، ص170
- محمد توفق سعودي : بطاقات الإئتمان والأسس القانونية الناتجة عن إستخدامها، م، س، ص 35
- سميحة القليوبي : وسائل الدفع الحديثة، م، س، ص79
- فداء يحيى الحمود: النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، م، س، ص 30

الفقرة الأولى : التزام الزبون بالحفاظ على أدوات التحويل البنكي الإلكتروني

لقد سبق واشرنا عند الحديث عن الوسائل التي يستخدمها الزبون لإصدار أوامر التحويل الإلكتروني إلى أنها تمثل الوسيلة التي يتواصل بواسطتها البنك مع عميله، كما أنها في نفس الوقت تتضمن من العناصر ما يجعل منها الأداة الناجعة التي يتحقق بواسطتها البنك من هوية الشخص الذي يتعامل معه(1)، ومن كونه يملك الحق في إجراء العمليات على الحساب الذي يمسكه، عن طريق بعض التقنيات الخاصة كالرموز السرية وأجهزة التوثيق والتحقق من الشخصية وغيرها.

ونظرا لأهمية هذه الوسائل فإن العميل يكون ملزما باتخاذ الاحتياطات الكافية للحفاظ على عليها حتى لا تكون عرضة لاستيلاء الغير واعتدائه(2)، ويقتضي التزامه بالمحافظة على أدوات التحويل أن يحرص على وضعها في مكان آمن وأن يتوخي الحذر، وعدم الإهمال الذي قد يؤدي إلى ضياعها أو سرقتها، كما يتوجب عليه استعمالها بشكل سليم وفقا لما هو متفق عليه في العقد المبرم بينه وبين البنك ووفق لمبدأ حسن النية الذي يحكم جميع العقود.

ومع خلو كل من التشريعين المغربي والأردني من تنظيم خاص بعمليات التحويل الإلكتروني تحرص البنوك على وضع هذا الالتزام على عاتق عملائها من خلال تضمينه في العقود المبرمة معهم، فلا تخلو عقود التحويل الإلكتروني بمختلف أنواعها من هذا

---

(1)- أنظر في ذلك :
- جميل عبدالباقي الصغير: الحماية الجنائية والمدنية لبطائق الإئتمان الممغنطة، م، س، ص 172 وما بعد
- كيلاني عبدالرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص621 وما بعد

(2)- ويقتضي ذلك أن لا يسمح العميل لأي شخص آخر باستخدام أداة التحويل الخاصة به، وأن لا يتنازل عنها لغيره، فالعقد المبرم بينه وبين البنك يقوم على الاعتبار الشخصي، وشخصية العميل محل اعتبار عند التعاقد، فيصبح من غير الممكن له أن يحل محله شخص آخر دون موافقة البنك، ومن هنا فإن من الواجب عليه أن يبقي أداة التحويل الخاصة به وجميع البيانات والأدوات اللازمة لاستخدامها تحت سيطرته الشخصية، لكن ذلك لا يعني أن مجرد سماح العميل لغيره خصوصا من الأشخاص المقربين منه كزوجته أو أحد أصوله أو فروعه باستخدام أداة التحويل يرتب مسؤوليته تجاه البنك، وإنما يكون مسؤولا عن جميع النفقات التي تمت باستخدام أداة التحويل سواء من طرفه أو من طرف غيره، ويلاحظ، أنظر في هذا الصدد :
- الحسن فايدي : وسائل الدفع الحديثة ، البطاقات البلاستيكية ،مجلة القضاء والقانون، السنة 31، عدد 179ص171
- فداء يحيى الحمود: النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، م، س، ص 30
- بيار أيميل طوبيا: بطاقات الإعتماد والعلاقات التعاقدية المنبثقة عنها، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2000ص49

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " إذا وقع المميز عقد الحساب الجاري مدين مع بنك البتراء بصفته مقترضا مع زوجته وكفيلا فلا يقبل منه تسديد ما يعتبره من المبالغ التي سحبها باستعمال بطاقة الفيزا الدولية التي تحمل نفس الرقم للبطاقة التي تحملها زوجته على نفس الحساب سيما انه ليس بالإمكان فرز المبالغ التي سحبها المميز والمبالغ التي سحبتها زوجته إضافة إلى أن المميز بصفته مقترضا وكفيلا فهو المسؤول عن المبالغ التي سحبها من ذلك الحساب"
- قرار تمييز حقوق عدد 1996/495 والصادر بتاريخ 30/03/1996 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

الشرط[1]، ويعتبر البنك نفسه غير مسئول عن أي ضرر يقع للزبون نتيجة إهماله في المحافظة على أداة التحويل الخاصة به والوسائل اللازمة لاستخدامها، لكن من الناحية القانونية يثار التساؤل حول طبيعة التزام العميل هذا، فهل يعد التزام العميل في الحفاظ على أدوات التحويل التزاما ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟ وبمعنى آخر هل يفترض إهمال الزبون بمجرد استخدام أداة التحويل من طرف الغير أم يجب على البنك إثبات هذا الإهمال؟

من الواضح من خلال الإطلاع على شروط العقود المتعلقة بخدمات التحويل البنكي الإلكتروني أن البنوك تعتبر التزام العميل في هذه الحالة التزاما بتحقيق نتيجة، سعيا منها للتحلل من أي مسؤولية قد تقوم نتيجة للأضرار التي تقع له في الحالة التي يتم فيها استخدام أداة التحويل من طرف الغير، لهذا نجد أنها تصرح بعدم مسؤوليتها بشكل مباشر مع التأكيد في بعض الأحيان على أن أي استخدام لأدوات التحويل حتى لو تم من طرف الغير يعتبر وكأنه صدر من طرف العميل صاحب الحق في ذلك، فأي شخص يستخدم أداة التحويل يعتبره البنك عميلا[2].

وبخصوص الفقه نجد أن البعض منهم[3] يذهب في نفس توجه المؤسسات البنكية فيرى أن مجرد استخدام الغير لأداة التحويل يعد في حد ذاته دليل على إهمال العميل، ما يعني أن هذا الأخير لا يمكنه المنازعة على الإطلاق في أي عملية يثبت البنك أنها تمت باستخدام أداة التحويل الخاصة به، بينما نجد أن اتجاها آخر في الفقه[4] يحاول التخفيف

(1)- وفي هذا الإطار جاء في نص الفصل الخامس من الشروط العامة لعقد بطاقة فيزا انتربنك الصادرة عن مصرف المغرب أنه "يبقى صاحب البطاقة مسؤولا عن المحافظة على البطاقة واستعمالها "، كما جاء في المادة الثانية من شروط بطاقة فيزا الصادرة عن بنك القاهرة عمان أنه " يلتزم حامل البطاقة باتخاذ كافة الإجراءات والاحتياطات اللازمة للمحافظة على البطاقة..."، وينص الفصل الثالث الفقرة الثانية من الشروط العامة لاستعمال بطاقة السحب الآلي للبنك العربي للمغرب على أنه " لا يتحمل البنك أية مسؤولية في حالة تهاون العميل في الحفاظ على هذا الرقم السري واستعمال البطاقة من طرف الغير"

(2)- فعلى سبيل المثال نصت الفقرة الأولى من الفصل 9 من الشروط العامة لبطاقة فيزا مصرف المغرب على أنه " وينبغي على صاحب البطاقة أن يحيط هذا القن السري بالكتمان التام وإن كل إهمال في هذا الصدد يعفي مسؤولية البنك في حالة أي استعمال تدليسي للبطاقة من طرف شخص آخر"، وجاء في الفقرة الثانية من الفصل الثالث من الشروط العامة لاستعمال بطاقة السحب الآلي للبنك العربي للمغرب أنه " لا يتحمل البنك أية مسؤولية في حالة تهاون العميل في الحفاظ على هذا الرقم السري واستعمال البطاقة من طرف الغير"، كما جاء في المادة الثانية من شروط إستخدام بطاقة فيزا الصادرة عن بنك القاهرة عمان أنه " يلتزم حامل البطاقة باتخاذ كافة الإجراءات والاحتياطات اللازمة للمحافظة على البطاقة ويكون مسؤولا مسؤولية مطلقة عن استعمالها واستعمال الرقم السري الخاص بها وعن كافة النتائج المترتبة على فقدانها أو سرقتها أو استعمالها بما يخالف هذه الشروط والأحكام ويلتزم حامل البطاقة بتعويض البنك عن أية أضرار أو خسائر ناشئة عن ذلك مهما ما بلغت قيمتها"

(3)- أنظر في ذلك :
- كيلاني عبدالرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 621
- ماجد عمار : النظام القانوني لبطاقات الإئتمان، م، س، ص 76
- بيار اميل طوبيا : بطاقة الإعتماد ، م، س، ص 88 وما بعد

(4)- فالاتفاق بين البنك والعميل على اعتبار العميل مسؤولا عن أي إستخدام لأداة التحويل ما هو في حقيقة الأمر إلا إلقاء عبء الإثبات على العميل، حيث يصبح ملزما في البداية بإثبات أنه ليس هو الذي قام باستعمال أداة

من وطأة هذا الالتزام فيرى ضرورة تطبيق القاعدة العامة في الإثبات التي تقضي بأن إثبات الالتزام على من يدعيه، ويكون العميل في هذه الحالة ملزما بإثبات عدم وقوع أي خطأ أو إهمال من طرفه، أو أن يثبت أن العملية لم تتم باستخدام أداة التحويل الخاصة به، بما انه هو الذي يدعي عدم صحة أو عدم مشروعية القيد والذي تم نتيجة استخدام الغير لأداة التحويل.

أما بالنسبة للقضاء فقد ألقت بعض المحاكم عبء إثبات وجود إهمال من طرف العميل بإتاحة الفرصة للغير لمعرفة رقمه السري على البنك، وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة استئناف باريس" حيث إن البنك لم يقدم الدليل على أي إهمال أو عدم يقظة منسوبة للعميل والذي يسمح لسارق المحفظة معرفة رقمه السري في نفس الوقت الذي حاز فيه السارق البطاقة "، بينما نجد أن نفس المحكمة ذهبت في اتجاه مخالف عندما اعتبرت أن مجرد استخدام أداة التحويل من طرف الغير يعد قرينة على إهمال الزبون في الحفاظ عليها حيث جاء في هذا القرار " إن استعمال البطاقة يبرهن على أن حاملها لم يحترم التزاماته بالمحافظة على الرمز الخاص بها وإبقاءه سريا ويجب أن يظل مسئولا عن عمليات السحب غير المشروع"(1).

وقد أكدت معظم التشريعات التي نظمت مختلف عمليات التحويل البنكي الإلكتروني على ضرورة قيام الزبون بالمحافظة على أداة التحويل الخاصة به، فعلى سبيل المثال نصت المادة (L133-16) من قانون النقد والمالية الفرنسي على أنه يجب على المستخدم (العميل) عند استلام أداة الدفع أن يتخذ خطوات معقولة للحفاظ على أمن وسلامة نظام

التحويل، ثم إثبات عدم وجود إهمال من طرفه في الحفاظ على أداة التحويل الخاصة به، والمقصود هنا إثبات واقعة قانونية لا عمل قانوني يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وهذه الواقعة القانونية واقعة سلبية، ولا توجد استحالة مطلقة في إثباتها لأنها من الممكن أن تنتج من إثبات الواقعة الإيجابية المقابلة لها، وتنشأ الصعوبة هنا في أنه قد لا توجد واقعة إيجابية مقابلة فورية وكاملة، فالعميل يستطيع مع وجود بعض الصعوبات إثبات أن أداة التحويل تم إستخدامها بواسطة الغير، إلا أن هذا مجرد فرض من الفروض التي لا يعد العميل فيها مصدر الأمر، وبذلك يمكن القول والحالة هذه أن إثبات الواقعة السلبية مستحيل، أنظر في ذلك :

- Feget (J.P): les nouveaux moyens de paiement. ed Ladir,1986, P 85
- Croze (R): informatique, preuve et securite. D, 1987, P 170

ونشير في هذا الصدد إلى أحدى القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية الذي جاء فيه " يحكم العلاقة ما بين العميل والبنك شروط وأحكام إصدار واستخدام بطاقة الفيزا كارد العالمية الصادرة عن البنك للعميل بناء على طلبه ، ومن الرجوع إلى الشرط الخامس من هذا العقد نجد انه ينص على ما يلي (يتحمل حامل البطاقة المسؤولية كاملة عن النتائج المترتبة على هلاكها أو ضياعها أو سرقتها أو إساءة استعمالها سواء من قبله أو من قبل الغير)... فانه يعتبر قرينه على عدم صحة ادعاء العميل أن الفواتير المسحوبة على البطاقة الصادرة من الفلبين غير صحيحة وليست مشتراة من قبله لأنه لم يسافر إلى دوله الفلبين . طالما أن كافة الفواتير تحمل رقم الفيزا الخاصة به"

– قرار تمييز حقوق عدد 2004/814 والصادر بتاريخ 07/07/2004 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)– أنظر في ذلك :

- Cour d'appel de Paris 1 Dec.1980 Rev.Banque 1980 P.234.
- Cour d'appel de Paris 29 Mars 1985 .D.1986 P.368

أشار إليها كيلاني عبد الرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 194 وما بعد

الدفع، وأن يقوم باستخدامها وفقا لما هو محدد في شروط التسليم والاستخدام، وهو تقريبا نفس ما جاء في المادة 9 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي[1].

وما يمكن أن يلاحظ من المواد السابقة أن التزام الزبون في الحفاظ على أداة التحويل هو التزام ببذل عناية، فهو يلتزم ببذل جهد معقول في ذلك ولا يمكن له أن يضمن عدم ضياعها أو سرقتها منه، والحقيقة أن عدم قدرة الزبون على القيام بواجبه بالحفاظ على أداة التحويل سواء نظرنا إليه على أنه التزام بتحقيق نتيجة أو بذل عناية لا يعتبر ذا أهمية بحد ذاته[2]، فلا تقوم مسؤوليته بمجرد ضياع أداة التحويل الخاصة به أو أحد البيانات الخاصة بها أو سرقتها منه طالما لم يقم أحد من الغير بالدخول لحساب الزبون بواسطة تلك الأداة، كل ما في الأمر أن الزبون يتحمل بعض النفقات الإضافية لاستخراج أداة جديدة.

بل إنه حتى في الحالة التي يستطيع فيها الغير الوصول لحساب الزبون باستخدام أداة التحويل المفقودة أو المسروقة، فإن مسؤولية العميل لا تتحدد بناءا على مدى قيامه بواجبه الذي يفرض عليه الحفاظ على أداة التحويل الخاصة به وحسب، وإنما يجب الأخذ بعين الاعتبار مدى قيامه بالالتزامات الأخرى الملقاة على عاتقه ومن بينها إخطار البنك بكل واقعة من شأنها تعريض نظام التحويل للخطر.

---

(1)- وقد جاء المادة (L133-16) من قانون النقد والمالية الفرنسي :

" Dès qu'il reçoit un instrument de paiement, l'utilisateur de services de paiement prend toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés. Il utilise l'instrument de paiement conformément aux conditions régissant sa délivrance et son utilization"

بينما نجد أن المشرع التونسي جاء أكثر تحديدا عندما قام بإعطاء بعض الحلول التي تمكن من المحافظة على أدوات التحويل فأوجب في المادة 9 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال على الزبون اتخاذ ما يلزم من الاحتياطات لضمان المحافظة على أداة التحويل الإلكتروني للأموال والوسائل التي تمكن من استخدامها، كالامتناع عن تدوين المعرف الشخصي أو أي رمز آخر بطريقة تسهل اكتشافها، ولا سيما تدوينه على أداة التحويل نفسها أو على الأشياء والمعدات والوثائق التي يتولى حملها مع الأداة، وقد جاء نص هذه المادة كما يلي " يجب على المنتفع أن يحرص على مراعاة القواعد التالية -:استعمال أداة التحويل الالكتروني للأموال طبقا لما أعدت له وحسب الشروط القانونية والتعاقدية التي تنظم تسليمها واستعمالها. - اتخاذ ما يلزم من الاحتياطات لضمان المحافظة على أداة التحويل الإلكتروني للأموال وعلى الوسائل التي تمكن من استعماله. - الامتناع عن تدوين المعرّف الشخصي أو أي رمز آخر بطريقة تسهل اكتشافه ولا سيما على أداة التحويل الإلكتروني للأموال نفسها أو على الأشياء والمعدات والوثائق التي يتولى حفظها أو حملها مع الأداة"

(2)- وعلى خلاف ذلك هناك من الفقه من يرى بان العميل يكون مسؤولا حتى لو لم يقع له أي ضرر، ويتعرض العقد المبرم مع البنك في هذه الحالة للفسخ التلقائي، فضلا عن استرداد أداة التحويل وإصلاح الأضرار المترتبة عن هذا الاستعمال، أنظر في ذلك :

- محمد الشافعي: بطاقات الأداء والائتمان بالمغرب، م، س، ص 70
- فداء يحيى الحمود: النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، م، س، ص 30
- بيار أيميل طوبيا: بطاقة الإعتماد ، م، س، ص 49

الفقرة الثانية : التزام الزبون بإخطار البنك

تتضمن عقود تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني شرطا يلتزم العميل بمقتضاه بإخطار البنك بكل ما من شأنه تعريض أمن عمليات التحويل للخطر، فإذا ما فقد الزبون أداة التحويل الخاصة به أو تمت سرقتها منه، يجب عليه أن يعلم البنك فورا بتلك الوقائع، لكي يقوم هذا الأخير تبعا لذلك بإيقاف العمل بأداة التحويل ويتفادى قيام مسؤوليته عن الأموال المنفذة بواسطة الغير[1].

ولا يقوم هذا الالتزام على عاتق الزبون فقط في حالات سرقة أداة التحويل الخاصة بها أو فقدها، بل كذلك بكل واقعة تصل إلى علمه ويكون من شأنها أن تمكن الغير من الوصول إلى حسابه، كما في حالة تزوير أداة التحويل أو الحصول على البيانات والمعلومات الخاصة بها والتي يفترض سريتها بأي وسيلة كانت، فيجب عليه أن يقوم بإخطار البنك بذلك، حتى يتم نقل مخاطر استخدام أدوات التحويل إلى البنك[2]، لكن ما هي الوسيلة التي يتعين على الزبون إخطار البنك بواسطتها؟.

لقد درجت العقود المبرمة بين البنوك وعملائها على تحديد الشكل الذي يتعين أن يتم فيه الإخطار صراحة وبوضوح، حيث يتخذ هذا الإخطار عموما شكلين ،الأول شفوي عن طريق قيام الزبون بالإخطار شفوياً بواسطة الهاتف مثلا خلال ساعات عمل البنك، والشكل الثاني هو الإخطار المكتوب، والذي يقوم فيه العميل بالإخطار كتابة برسالة عادية أو مع إشعار بالتوصل للبنك أو حتى بواسطة الفاكس أو البريد الإلكتروني أو بأي طريقة أخرى يتم الاتفاق عليها بين الطرفين.

---

(1)- أنظر نص الفصل 5 من الشروط العامة لاستعمال بطاقة فيزا انترينك وفيزاكلاسيك وروبي ماستركارد، وكذلك الفصل السادس من نماذج طلب بطاقات مايسطرو وجولد مصرف المغرب، والمادة 7 من نموذج طلب بطاقة البنك المغربي للتجارة الخارجية، والفصل 14 من الشروط العامة لعقد بطاقة البنك الشعبي بالمغرب ، والفصل 5 من الشروط العامة لبطاقة فيزا مصرف المغرب، والمادة الثالثة من الشروط والأحكام الخاصة ببطاقة فيزا الصادرة عن بنك القاهرة عمان.

(2)- أنظر في ذلك :

- كيلاني عبد الراضي محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 187
- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة م.س.ص 173
- نزيه الصادق المهدي : نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الإئتمان من الوجهة القانونية م.س.ص 790
- سميحة القليوبي : وسائل الدفع الحديثة، م، س، ص75
- محمد عبدالحليم عمر : بطاقات الإئتمان ماهيتها والعلاقات الناشئة عن إستخدامها بين الشريعة والقانون، م، س، ص 681
- عصام حنفي محمود موسى: الطبيعة القانونية لبطاقات الإئتمان، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الثاني، م، س، ص896
- توفيق شنبور: أدوات الدفع الإلكتروني بطاقات الوفاء، النقود الإلكترونية، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، أعمال، الجزء الأول، م، س، ص 98
- علي محمد الحسين الموسى : البطاقات المصرفية تعريفها وأنواعها وطبيعتها ، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الخامس، م، س، ص 2002

وإذا لم يتم الاتفاق على الطريقة التي يجب أن يتم من خلالها الإخطار يكون للعميل الحق في اختيار الطريقة المناسبة من وجهة نظره، حتى ولو كان في صورة شفهية (عن طريق الهاتف مثلا)، ولكن يجب عليه الأخذ بعين الاعتبار قدرته على إثبات قيامه بهذا الإخطار لما له من أثر على تحديد الشخص المسئول عن القيود التي تمت باستخدام أداة التحويل المفقودة أو المسروقة[1].

وتبرز أهمية الإخطار الشفوي في كونه يمكن الأطراف المعنية من كسب الوقت خاصة وأن الجاني قد يستعمل أداة التحويل في اللحظات التالية مباشرة للاستيلاء أو العثور عليها، فيمنع البنك هذا الاستعمال غير المشروع لأداة التحويل عن طريق محو البرمجة الخاصة بأداة التحويل تلك من الأجهزة المستخدمة لإجراء العمليات[2]، لكن ما يلاحظ أن البنوك تفرض على العميل تعزيز إخطاره الشفوي بآخر كتابي، مما يدعو إلى التساؤل حول حجية الإخطار الشفوي وحده دون الكتابي؟

ما يلاحظ أن البنوك لا تعطي للتصريح الشفوي أي أثر قانوني وتعتبر أن العميل لا يعفى من المسؤولية عن المبالغ التي تم تنفيذها بواسطة أداة التحويل المسروقة أو المفقودة إلا بعد أن يتوصل البنك بالإخطار الكتابي، بل إنها تشترط في هذا التصريح الكتابي أن يأتي في شكل معين، وأن يكون موقعا من طرف العميل ومسلم يدويا إلى البنك أو مرسل إليه بواسطة البريد المضمون مما يعني استبعاد الإخطار الكتابي المرسل بوسائل حديثة كالفاكس أو البريد الإلكتروني[3].

هذه المقتضيات التي تقوم البنوك بالنص عليها في العقود الغاية منها إرهاق العميل بالعديد من الإجراءات[4] لكي تضمن تحميله المسؤولية في معظم حالات الاستعمال غير

---

(1)- أنظر في هذا الصدد :
- أبو الوفاء محمد أبو الوفاء إبراهيم : المسؤولية الجنائية عن الإستخدام غير المشروع لبطاقات الإئتمان في القانون المقارن والفقه الإسلامي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الخامس، م، س، ص 2087

(2)- أنظر في ذلك :
- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة م.س.ص177.

(3)- انظر على سبيل المثال الفصل الخامس من نماذج طلبات كل من بطاقة انتربانك فيزا وفيزا كلاسيك وروبي ماستركارد، وكذلك الفقرة الأخيرة من الفصل السادس من نموذج طلب بطاقات مايسطرو وجولد التابعة لمصرف المغرب، والمادة 10 من نموذج طلبات بطاقة البنك الشعبي، والمادة 8 من نموذج طلبات بطاقة البنك المغربي للتجارة الخارجية

(4)- ويلاحظ أن هناك من الفقه من يبرر ضرورة تطلب التصريح الكتابي في أهميته التي تكمن في كونه ينقل عبء تحمل مخاطر أداة التحويل المفقودة أو المسروقة إلى البنك، لهذا فإنه في الحالات التي يقوم فيها العميل بتوجيه تصريح شفوي على سبيل المثال للبنك، يكون من السهل على هذا الأخير الإدعاء بعدم توصله بالتصريح، فالغاية من التصريح الكتابي هي توفير دليل أو وسيلة إثبات للعميل بأنه قام بالإلتزام المفروض عليه بالإخطار، والحقيقة أن هذا التصور إن كان قد أصاب فيما يتعلق بتوفير وسيلة الإثبات إلا أنه لا يكفي لتطلبه في عصر أصبحت السرعة سمة تميزه، ولا يبرر ذلك عدم إمكانية الإعتماد على الوسائل الحديثة لتوجيه الإخطار كالفاكس والبريد الإلكتروني، فمما لا شك فيه أن هذه الوسائل أصبحت تتوفر العناصر المطلوبة لإثبات وتتضمن موثوقية كبيرة.، أنظر :

المشروع لأدوات التحويل، فيتمكن البنك من خلال ذلك التنصل من المسؤولية الناتجة عن أي ضرر دون اعتبار الغاية المتوخاة من عملية الإخطار نفسها، فالهدف من عملية الإخطار في الأصل هي إبلاغ البنك بأن خطر ما يحيط بنظام التحويل نتيجة فقد أو سرقة أداة التحويل، ومن المفترض أن يتم هذا الإجراء بأقصى سرعة ممكنة لا أن توضع العراقيل أمام العميل بمنعه من تنفيذ التزامه هذا، مما سيؤدي في النهاية إلى إيقاع أضرار به خصوصا إذا ما استدعى الأمر توجيه الإخطار في غير ساعات عمل البنك أو أيام العطل والأعياد، ويستطيع البنك التنصل منها بادعائه أن الإخطار لم يأتي وفقا للشكل المتفق عليه.

ولا شك أن خلو التشريعات من التنظيم القانوني لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني هي ما يشجع البنوك على التفنن في وضع الإجراءات والشروط التي ترهق العملاء، كما لا يملك القضاء[1] بدوره سوى الرضوخ للمقتضيات العقدية شأنه شأن العميل نفسه، فلا يستطيع إلى حمايته سبيلا في ظل القواعد القانونية المشبعة بروح مبدأ سلطان الإرادة، فالتشريع المغربي لم يتطرق إلى الشكل الذي يجب أن يأتي به الإخطار، أما الأردني فقد أعطت توصيات البنك المركزي الأردني الحرية للبنوك لوضع الإجراءات التي تراها مناسبة[2]، ففي كلا النظامين النتيجة واحدة، وهي قيام البنوك بفرض الإجراءات التي تحقق مصالحها بغض النظر عن الضرر الذي يمكن أن يقع للزبون، بل إن البنوك في ظل هذا الوضع قد تتمادى في وضع العراقيل أمام العميل بأن تطلب منه الإدلاء بشهادة صادرة عن مصالح الشرطة تثبت ضياع أداة التحويل أو سرقتها، وهنا يثار الإشكال حول صحة هذا الشرط؟

- أبو الوفاء محمد أبو الوفاء إبراهيم: المسؤولية الجنائية عن الإستخدام غير المشروع لبطاقات الإئتمان في القانون المقارن والفقه الإسلامي، م، س، ص2087

(1)- فكل من القضاء المغربي أو الأردني يطبق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في إطار علاقة البنك بالعميل، فلا ترفع مسؤولية هذا الأخير إلا بإتباع الخطوات المتفق عليها تعاقديا، وفي هذا الإطار جاء في إحدى الأحكام الصادرة عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء " وحيث إن الفقرة الثانية من الفصل 6 من العقد الرابط بين الطرفين بخصوص تسليم واستعمال بطاقة السحب تنص على أن مسؤولية حامل البطاقة تنتفي في اليوم الموالي أي 24 ساعة من تاريخ تسلم الوكالة المفتوح بها الحساب بتصريح كتابي بالسرقة، وحيث إن مسؤولية المدعى عليها والحالة هذه تبتدئ من تاريخ 2002/04/26 أي اليوم الموالي لتاريخ تلقي التصريح بالضياع...". كما جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية " من المستقر عليه فقهاً وقضاءاً بان العقد شريعة المتعاقدين وان حقوق العقد توجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليهما فيكون ما قام به البنك من قيد قيمة المطالبة المتعلقة بالغير متفقا وأحكام هذا العقد"

- المحكمة التجارية بالدار البيضاء حكم عدد 2003/7064 والصادر بتاريخ 2003/06/23 (غير منشور)

- قرار تمييز حقوق عدد 2004/814 والصادر بتاريخ 07/07/2004 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- وذلك في المادة الثامنة من تعليمات البنك المركزي الأردني بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني والتي جاء فيها "يعتبر العميل قد أبلغ البنك عن فقدان البطاقة أو اطلاع الغير على رمز التعريف إذا تبين إتباعه للخطوات المتفق عليها مع البنك بشأن التبليغ"

نشير إلى أن هذا الإشكال سبق وأن تم عرضه على القضاء المغربي، وقد حكمت محكمة الموضوع بصحة هذا الشرط وعدم كفاية التصريح الكتابي، وبالتالي بقاء العميل مسؤولا حتى الإدلاء بالتصريح لدى مصالح الشرطة، لكن محكمة الإستئناف سارت على خلاف ذلك مؤكدة بأن الإخطار الكتابي كاف للقول بانعدام مسؤولية الزبون(1)، ومستبعدة شرط التصريح لدى الشرطة بعلة أنه مجرد إجراء إضافي لا يبعد مسؤولية البنك، وهو ما أيده المجلس الأعلى في قرار له أكد فيه على أن الغاية من الإخطار هي وقف البنك العمل في أداة التحويل بأسرع وقت ممكن، و هو يكون مسؤولا عن المبالغ التي قام الغير سيء النية بالاستيلاء عليها بواسطة أداة التحويل إبتداءا من تاريخ توصله بالتصريح الكتابي، دون انتظار التصريح لدى مصالح الشرطة والذي يعد إجراءا تأكيديا لا غير(2).

فالمجلس الأعلى اعتبر أن تأخر البنك في إيقاف العمل بأداة التحويل بالشكل الذي أدى إلى حدوث أضرار بالعميل ليس راجعا إلى إهمال هذا الأخير في القيام بالواجبات المفروضة عليه، وإنما نتيجة تماطل البنك في انتظار التصريح المقدم لدى مصالح الشرطة، والذي لا يعتبر ضروريا لتحقق الغاية التي من أجلها وضع الإخطار ولا يضيف أي جديد بخصوص التحقق من واقعة الفقد أو السرقة، بخلاف كونه ضروريا لبداية إجراءات التحقيق في الجريمة التي ارتكبها سيء النية فإنه لا يؤثر على مدى قيام العميل بالالتزامات المفروضة عليه(3).

---

(1)- تتلخص وقائع هذا النازلة في أن أحد عملاء البنوك قام بإخطار البنك على إثر ضياع البطاقة البنكية الخاصة به وذلك في اليوم الموالي لتاريخ ضياعها، طبقا لما تطلبه البنك في العقد الرابط بينه وبين العميل، لكن البنك لم يأخذ بهذا الإخطار مما أدى إلى سحب مبالغ مالية كبيرة تمت بعد توصل البنك بالإخطار، فأصدرت المحكمة حكما قضى برفض الدعوى لعدم الإدلاء بشهادة الضياع المسجلة لدى مصلحة الشرطة ألغته المحكمة الاستئنافية و قضت بإلغاء الحكم المستأنف و الحكم من جديد بأداء البنك المبالغ المالية.

(2)- وقد جاء في حيثيات هذا القرار " بالرجوع لمقتضيات البند الخامس من الشروط النموذجية العامة لاستعمال بطاقة الشباك البنكية يتضح أن مسؤولية صاحب البطاقة في حالة ضياعها منه لا تنتفي إلا بتحقق شرطين متلازمين هما إشعار الوكالة البنكية بالضياع و الإدلاء بشهادة الضياع أو السرقة المسجلة لدى الضابطة القضائية والمطلوبين لم ينجزا الشرط الثاني بعدم إدلائهما بشهادة الضياع المسجلة لدى الشرطة و القرار اعتبر أن إشعار المؤسسة العارضة كاف بأن مسؤولية المطلوبين أصبحت منعدمة خلافا للبند الخامس المذكور مع أن خلفية التمسك بالتصريح بالضياع لدى الشرطة تكمن في سد الباب على الأشخاص يسيء النية الذين يدعون ضياع البطاقة و يستمرون في استعمالها خارج نطاق الشبابيك البنكية، ومع أنه أمام وضوح النص لا مجال للاجتهاد...لكن حيث إن إبعاد القرار للشرط الثاني من البند الخامس للشروط النموذجية لاستعمال البطاقة البنكية والمتعلق بالإدلاء بشهادة الضياع أو السرقة المسجلة لدى مصلحة الشرطة كان بعلة "أنه مجرد إجراء إضافي الاستعمال أو تأكيدي لا يبعد مسؤولية البنك" وهو تعليل ينطبق على الاستعمال في الشبابيك البنكية والتي لم تدل الطالبة بما يثبت إعطاء تعليماتها لجميع وكالاتها و البنوك المنخرطة في نظام فيزا بإيقاف استعمال البطاقة الضائعة كما ورد بالوسيلة، كما ينطبق على الاستعمال في المحلات التجارية التي يتعذر استعمالها فيها من الغير لتكفل صاحب المتجر بالتأكد من هوية المستعمل تحت مسؤوليته و بمطابقة التوقيع عليها بالتوقيع على الفاتورة، أما التعليل المنتقد فيهم تبرير مسؤولية الطالبة فيكون القرار معللا و الوسيلتان على غير أساس"

- قرار المجلس الأعلى عدد 439 في الملف التجاري عدد 99/819 بتاريخ 22 مارس 2002 منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 98، سنة 2003، ص 112 وما بعد

(3)- ولا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى أن محكمة النقض الفرنسية كانت تنحو في نفس الاتجاه الذي يتمسك بالمقتضيات التعاقدية، فيتوجب على العميل القيام بإخطار البنك وفقا للشكل الذي تم الاتفاق عليه مع البنك، ولا

وبالرجوع لبعض التشريعات المقارنة التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني يمكن ملاحظة أنها حاولت إيجاد موقف يوفق بين الإلتزامات المفروضة على طرفي العلاقة، فعلى الرغم من قيام التشريعين الفرنسي والتونسي على سبيل المثال بالنص صراحة على التزام العميل بإخطار البنك دون تأخير بجميع الوقائع التي من شأنها أن تعرض أمن عمليات التحويل للخطر[1]، كفقد أداة التحويل أو سرقتها منه أو تزويرها أو استعمالها استعمالا غير مصرحا به، عن طريق إتباع الوسائل التي يضعها البنك لذلك حتى يقوم هذا الأخير بإيقاف العمل بأداة التحويل، إلا أنها في نفس الوقت فرضت على البنك ضرورة إيجاد الوسائل الملائمة التي يستطيع العميل من خلالها القيام بهذا الإلتزام[2] بما يتلاءم مع طبيعة عمليات التحويل، مع ضرورة توفير الوسائل التي تثبت قيامه بتنفيذ التزامه بالإخطار، ولعل أبرز ما يمكن ملاحظته أن هذه التشريعات لم تشترط في هذا الإخطار سوى أن يقوم العميل به بشكل فوري وبواسطة أي وسيلة موثوقة.

لهذا فإن عملية الإخطار يجب أن تتم بشكل سريع ومضمون الوصول إلى البنك، بحيث لا يبقى هناك أي فرصة للاستخدام غير المشروع لأداة التحويل، وهو ما يعني ضرورة التخلص من الإجراءات المعقدة والتي ستؤدي إلى بطئ عملية الإخطار ووقوع الضرر للزبون والبنك على السواء، مع الأخذ بعين الاعتبار إعطاء الزبون القدرة على

يقبل منه أي إخطار لم يتم وفقا لذلك الشكل، إلا أنها في نفس الوقت كانت تراعي ظروف العميل فلا تحمله فوق طاقته، ففي إحدى القرارات الصادرة عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية أقرت بعدم كفاية الإخطار الشفوي، وتطلبت التأكيد الكتابي للتعرض الشفوي، على أساس أن العميل لم يحترم الإلتزامات المفروضة عليه، فهو لم يقم بالإخطار الكتابي إلا بعد 4 أيام من فقده لأداة التحويل الخاصة به، بينما نجد أنه في قرارات أخرى قامت المحكمة بتحميل البنك المسؤولية رغم أن العميل قام بالتعرض الشفهي بواسطة الهاتف، والسبب في ذلك أن البنك الذي يقوم بإدارة حسابه البنكي كان مغلقا لمدة يومين، فلم يستطع تقديم التعرض الكتابي إلا بعد مرور هذه المدة، التي وقع خلالها سحب المبالغ النقدية، وأكدت المحكمة أن العميل لم يقم بأي خطأ، أنظر في ذلك :

- Cour de Cass.com 23 juin 1987 et Cour de Cass.com 1 mars 1994

– أشار إليها بيار اميل طوبيا : بطاقات الإعتماد ، م، س، ص 81

(1)- وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (L133-17) من قانون النقد والمالية الفرنسي على أنه "

"Lorsqu'il a connaissance de la perte, du vol, du détournement ou de toute utilisation non autorisée de son instrument de paiement ou des données qui lui sont liées, l'utilisateur de services de paiement en informe sans tarder, aux fins de blocage de l'instrument, son prestataire ou l'entité désignée par celui-ci"

ونص الفصل 10 من قانون التحويل الإلكتروني التونسي على أنه " كما عليه أن يعترض لدى المصدر أو الهيكل الذي يعنيه هذا الأخير للغرض، في صورة ضياع أو سرقة أداة التحويل الالكتروني للأموال أو الوسائل أو المعطيات التي تمكن من استعمالها، ويجب أن يكون الإعلام أو الاعتراض فورا وبواسطة وثيقة كتابية أو إلكترونية موثوق بها"

(2)- وفي هذا الإطار نصت الفقرة الثانية من المادة (L133-15) من قانون النقد والمالية الفرنسي على أنه :

"Le prestataire de services met en place les moyens appropriés permettant à l'utilisateur de procéder à tout moment à l'information prévue à l'article 133-17. Il fournit sur demande à l'utilisateur les moyens de prouver qu'il a effectué l'information prévue à l'article 133-17, dans les conditions fixées par décret"

كما نص الفصل 5 من قانون التحويل الإلكتروني التونسي على أنه " على المصدر أن يضع على ذمة المنتفع الوسائل اللازمة التي تمكنه من القيام بالإعلامات والاعتراضات المنصوص عليها بالفصل 10 من هذا القانون وكذلك الوسائل التي تمكنه من إثباتها"

توفير الدليل على قيامه بالإخطار، حتى لا يستطيع البنك الإدعاء بعدم توصله بهذا الإخطار.

الفقرة الثالثة: الاعتراض في حالة وجود قيد غير مشروع

عندما يتوصل الزبون بالكشف الذي يتضمن النفقات التي تمت بواسطة أدوات التحويل البنكي الإلكتروني والذي يقوم البنك بإرساله إليه بشكل دوري، فإن من حقه المنازعة في أحد أو بعض القيود المدرجة فيه بحجة كونها قيودا غير مشروعة، متى تم تسجيلها في حسابه عن طريق الخطأ أو نتيجة لاحتيال من طرف الغير، لهذا فإن التعرض يعتبر حقا للعميل أكثر من كونه التزام على عاتقه، يمارسه في جميع الحالات التي يشك فيها بوجود قيد غير مشروع على حسابه[1].

لكن يجب عدم الخلط في هذا الصدد بين حق العميل في الاعتراض على أحد القيود الواردة على حسابه، وبين حقه في الرجوع عن الأداء الذي تم باستخدام أداة التحويل[2]، فالحالة الأولى تتعلق بكل قيد يعتبره العميل وضع على حسابه بشكل غير مشروع، أما الحالة الثانية فهي التي يقوم فيها العميل بإصدار أمر بالتحويل باستخدام وسيلة أداء ومن ثم يريد التراجع عنه سواء قبل قيده على الحساب أو بعد ذلك، وقد سبق ووضحنا هذه الحالة الأخيرة[3]، والمسألتان متقاربتان إلى حد كبير بحيث يصعب الفصل بينهما في بعض الأحيان، وما دفعنا إلى القول بوجوب التمييز بينها هو أن البنوك عادة ما تربط في العقود المبرمة بينها وبين عملائها بين الحالتين فتمنع العميل من الاعتراض على أي قيد تم بواسطة أداة التحويل على اعتبار أنه يمثل رجوعا عن الأداء[4].

---

(1)- لكن على الرغم من ذلك فإن هذا الحق مقيد من حيث الزمان، ذلك أنه من غير المعقول أن يبقى من حق الزبون التعرض على أي قيد في الحساب قائما بشكل دائم لهذا فإنه يتقيد بمدة معينة يجب عليه القيام بممارسته فيها، وإلا سقط حقه في ذلك، وعادة ما تكون هذه المدة محددة في فترة شهر يبدأ احتسابها من تاريخ توصل الزبون بالكشف، أنظر في ذلك :

- ممدوح الرشيدات: محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية، م، س، ص 216
- إبراهيم وليد عودة : النظام القانوني للبطاقات البنكية، م س، ص 39

(2)- ففيما يتعلق بالاعتراض على أحد القيود الواردة في الحساب نصت المادة 14 من تعليمات البنك المركزي الأردني بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني على أنه " على البنك أن يوضح المعلومات التالية للعميل: أ- الالتزامات التي تترتب على العميل نتيجة حدوث قيد إلكتروني غير مشروع على حسابه، ب- تحديد الجهة التي يمكن للعميل الاتصال بها للاستفسار عن أي قيد إلكتروني غير مشروع أو خاطئ قيد لحسابه أو عليه طريقة الاتصال بهذه الجهة"، أما بخصوص الرجوع عن الأداء نصت نفس المادة على أنه " على البنك أن يوضح.... و- حق العميل في وقف أي تعليمات تحويل إلكتروني مسبقة منه للبنك، والإجراءات التي يتوجب على العميل إتباعها"، وكذلك نص المشرع التونسي في المادة 10 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال فيما يتعلق بالاعتراض على القيود غير المشروعة على حسابه أنه " يتعين على المنتفع أن يعلم المصدر بالعمليات التي تم تثقيلها بالحساب دون موافقته وبالأخطاء والاخلالات التي تسربت للحساب، بينما نص في المادة 12 أنه " لا يجوز للمنتفع أن يرجع في الإذن بالتحويل المجري بواسطة أداة التحويل الإلكتروني للأموال"

(3)- أنظر في هذا الصدد ما سبق تناوله بخصوص مدى إمكانية الرجوع عن الأداء ص 64 وما بعد

(4)- وبالرجوع إلى نماذج عقود البطاقات البنكية في المغرب نجد أنها في عمومها لا تنص إلا على حالتين يمكن فيهما لمالك البطاقة التعرض على الأداء، وهما حالتا الضياع والسرقة، وتلزمه في سبيل ذلك القيام بجموعه من

فالرجوع عن الأداء قد يشكل إحدى وسائل الاعتراض على القيود الواردة في الحساب إذا ما تم طلبه بعد قيام البنك بتقييد المبلغ في الحساب، فهو يشكل جزءا من الكل، ولا يمكن ممارسته إلا في حالات محددة، بينما التعرض يكون على أي قيد اعتبره العميل غير مشروع، ففي بعض الحالات قد يتم تسجيل مبلغ يزيد عن المبالغ التي استفاد منها العميل فعليا، وفي حالات أخرى قد يتم تسجيل قيود لم يقم بها العميل أصلا نتيجة أخطاء وقع فيها البنك، وإذا ما اعتبرنا أن الاعتراض هو نفسه الرجوع عن الأداء فإن ذلك يعني أن العميل لا يمكنه المنازعة في هذه القيود نظرا لأن البنوك تمنعه من ذلك طالما لم يتعلق الأمر بالحالات التي حددها القانون أو العقد للتعرض على الأداء[1].

وكما سبق لنا القول فإن البنوك تربط بين إمكانية اعتراض العميل على أحد القيود من حيث الموضوع بإمكانية رجوعه عن الأداء، وهي تستفيد في إطار التشريع المغربي بما نص عليه المشرع في المادة 330 من مدونة التجارة والتي حصر فيها حق العميل بالرجوع عن الأداء في حالات سرقة أو فقد أداة التحويل أو التسوية والتصفية القضائية

الإجراءات هي نفسها التي يجب على الحامل إتباعها في حالة فقده بطاقته أو سرقتها، غير أنها في الوقت نفسه تلزمه في حالة الاستعمال التدليسي لبطاقته من قبل الغير أن يعلم البنك بذلك عن طريق إتباع نفس الإجراءات، بل إن بعض البنوك فرضت هذا الإلتزام على الحامل حتى في حالة استعمال بطاقة مزورة، مما يجعل حالة الرجوع عن الأداء هي نفسها حالة الاعتراض على أحد القيود الواردة في الحساب من وجهة نظر البنوك، أنظر في ذلك على سبيل المثال البند 2 من الفصل 7 لنماذج طلبات كل من بطاقة انتربانك فيزا كلاسيك و رويي ماستركارد التابعة لمصرف المغرب، و كذلك المادة 7 لنموذج طلب بطاقة البنك المغربي للتجارة الخارجية، و البند 3 من المادة 11 لنموذج طلب بطاقة البنك الشعبي، والفقرة الأخيرة من الفصل 5 من نماذج بطاقة فيزا كلاسيك وإنتر بنك فيزا وروبي ماستر كارد التابعة لمصرف المغرب، وكذلك الفقرة الثانية من المادة 8 من نموذج طلب بطاقة البنك المغربي للتجارة الخارجية، وكذلك الفقرة الثانية من الفصل الخامس لنموذج طلب بطاقة روبي ماستر كارد مصرف المغرب.

(1)- ويرى بعض الفقه في هذا الصدد أن شروط وإجراءات التعرض التي وضعتها المؤسسات البنكية في المغرب لا تختلف كثيرا عن شروط وإجراءات التعرض المتعلقة بالشيك المنصوص عليها في المادة 271 من مدونة التجارة، إلا أنه يرى في الوقت نفسه بأن هناك اختلافا جوهريا وجذريا فيما يتعلق بتقدير مشروعية التعرض، ففي الشيك يملك القضاء وحده سلطة تقدير ما إذا كان التعرض ضد وفاء الشيك مشروعا أو غير مشروع، فخول القانون لرئيس المحكمة حق رفض التعرض والأمر برفع اليد طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 271 من مدونة التجارة والتي جاء فيها " إذا قام الساحب بالتعرض بالرغم من المنع و لأسباب أخرى أمر رئيس المحكمة، بناء على طلب الحامل بدفع اليد حتى و لو كانت هناك دعوى أصلية." أما تقدير مشروعية التعرض على الأداء في مجال البطاقات فيخضع للسلطة التقديرية للمؤسسة البنكية المصدرة، هذه الأخيرة التي ستراعي بطبيعة الحال مصالحها أكثر من مراعاتها لمصلحة حامل البطاقة، و يرجع الفقه سبب هذا الاختلاف إلى غياب تنظيم قانوني خاص بالبطاقة إضافة إلى اختلاف طبيعة الشيك و بطاقة الأداء القائمة على أساس مبدأ حرية التعاقد، أنظر:

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة، الرباط، الطبعة الأولى، 1998ص 416و 417

-محمد الشافعي: بطاقات الأداء و الائتمان بالمغرب، م، س، ص 117

للمستفيد[1]، فتعتبر أنه لا يمكن للعميل أن يعترض على أي قيد لا يدخل ضمن الحالات المذكورة، مما يدفع إلى التساؤل حول الغاية من وراء قيام المشرع بحصر الحالات الاعتراض على الأداء بهذه الحالات فقط دون غيرها؟[2].

بداية لا بد من الإشارة أن المشرع المغربي أخذ هذا النص عن نظيره الفرنسي في الوقت الذي بدأت فيه البطاقات البنكية بالانتشار حديثا في المغرب[3]، حيث كانت التكنولوجيا التي تعتمد عليها هذه البطاقات آنذاك غير معروفة بشكل كبير خارج القطاع البنكي، ولم يكن من المتصور حدوث أضرار غير تلك التي يمكن أن تنتج عن فقد البطاقة أو سرقتها، لكن في مرحلة لاحقة اضطر المشرع الفرنسي إلى تعديل هذا النص للسماح للعميل بالتعرض في جميع الحالات التي يتم فيها استخدام البطاقة أو البيانات المتصلة بها استخداما غير مشروع[4]، لمواكبة مختلف الوسائل التي تستعمل للاعتداء على الذمة المالية لعملاء البنوك من خلال الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية.

ونظرا للتطورات التكنولوجية الكبير التي شهدها القطاع البنكي وخصوصا تلك المتعلقة بالتحقق من شخصية المتعاملين مع البنوك، وبعد ظهور العديد من الوسائل الحديثة التي يستطيع الزبون من خلاها التعامل في الأموال الموجودة في حسابه، والتي تمتاز بتعدد استعمالاتها ولا تقتصر على وظيفة الأداء فقط، قام المشرع الفرنسي بإلغاء النصوص المنظمة للأداء بواسطة البطاقة البنكية، واستعاض عنها بنصوص تنظم جميع

---

(1)- وقد نصت المادة 330 من مدونة التجارة على أنه " الأمر أو الالتزام بالأداء الممنوح بواسطة وسيلة أداء غير قابل للرجوع فيه. لا يمكن التعرض على الأداء إلا في حالات الضياع أو السرقة أو التسوية أو التصفية القضائية للمستفيد"

(2)- ينص الفصل 7 الفقرة الثانية من الشروط العامة لبطاقة فيزا الصادرة عن مصرف المغرب على أنه " لا يمكن لصاحب الحساب بأي حال أن يتعرض للأداء إلا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة وذلك طبقا للشروط المنصوص عليها في البند الخامس "، وهو نفس ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل الثامن من الشروط العامة لبطاقات مايسطرو الصادرة عن مصرف المغرب، وينص الفصل 7 الفقرة الثانية من الشروط العامة لاستعمال بطاقة فيزا إنتربنك مصرف المغرب على أنه " لا يمكن لصاحب البطاقة بأي حال أن يتعرض للأداء في حالة ضياع أو سرقة البطاقة وذلك طبقا للشروط المنصوص عليها في البند الخامس".

(3)- تجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن قاعدة عدم قابلية الأمر بالأداء للرجوع فيه والتعرض عليه كان منصوص عليها تعاقديا في بداية الأمر إلى أن قام المشرع الفرنسي تكريسها تشريعيا بمقتضى المادة 22 من القانون رقم 85-90 الصادر في 11 يونيو 1985 والتي تنص أن " أمر الوفاء الصادر باستخدام بطاقة الوفاء لا يقبل الرجوع فيه، ولا يمكن التعرض في الوفاء إلا في حالات فقد أو سرقة البطاقة أو التسوية أو التصفية القضائية للمستفيد"، والتي جاءت بهدف تأمين ضمانة و حماية أكبر لبطاقات الأداء، أنظر في ذلك :

– بيار إميل طوبيا: بطاقات الاعتماد، م، س، ص 18

(4)- بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2001 والمتعلق بالأمن والسلامة اليومية للمعاملات الإلكترونية، وقد قام المشرع الفرنسي بإضافة المادة L132-1 والتي ألغت المادة السابقة التي كانت تحصر حالات التعرض في السرقة والضياع والتسوية القضائية، وسعت من نطاق الحالات التي يمكن فيها للعميل، للتوسع أكثر بخصوص هذا القانون يراجع :

– نبيل محمد أحمد صبيح : بعض الجوانب القانونية لبطاقة الوفاء والائتمان المصرفية، م، س، ص 296

عمليات التحويل الإلكتروني للأموال كيفما كانت الوسيلة المستخدمة ودون النظر إلى الوظيفة التي تقوم بها[1].

وقد أعطى المشرع الفرنسي للعميل الحق في التعرض على أي قيد يعتبره غير مشروع بغض النظر عن السبب الذي يستند عليه من خلال ما نصت عليه المادة L133- (24) من قانون النقد والمالية[2]، ولم يكتفي المشرع الفرنسي بإعطاء العميل الحق في الاعتراض على أي قيد يعتبره غير مشروع على حسابه، وإنما أعطاه كذلك الحق في الرجوع عن الأداء ضمن الشروط اللازمة لذلك.

أما بخصوص التشريع المغربي فإن ثباته واستقراره على أفكار وتصورات القانونية كانت سائدة في مرحلة ما دون النظر إلى التطورات الكبيرة التي يشهدها واقع العمل البنكي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخدم مصلحة المهنة البنكية، حتى لو كان ذلك من شأنه تحقيق مصالح البنوك على حساب مصالح عملائها، لان هذا الأمر من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالثقة التي يوليها الأفراد لاستخدام أدوات التحويل البنكي الإلكتروني، فعدم إعطاء العميل الحق في الاعتراض على أي قيد غير ناتج عن سرقة أو فقد البطاقة يمكن البنك من التملص من مسؤوليته في جميع الحالات الأخرى، وبهذا يجد العميل نفسه ملزما بنفقات تمت من خلال بطاقة مزورة على سبيل المثال.

المطلب الثاني

حدود مسؤولية البنك عن القيود غير المشروعة على حساب الزبون

إن أغلب النزاعات التي تقوم بين البنك وعميله في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تتعلق بالمنازعة في أحد القيود الناتجة عن هذه العمليات والتي تم إدراجها في حساب العميل[3]، ولتحديد نطاق مسؤولية البنك عن القيود غير المشروعة المعترض

(1)-بموجب المرسوم رقم 2009-866 من 15 يوليو 2009 بشأن الشروط التي تحكم تقديم خدمات الدفع وإنشاء مؤسسات الدفع، المعدل لقانون النقد والمالية والمضاف إليه بتاريخ 1 نوفمبر 2009، والذي قام بموجبه بإلغاء المادة، 132-1 التي إنشاؤها بموجب القانون رقم 2001-1062 من 15 نوفمبر 2001 والتي كانت تنص على أن الأمر أو التعهد الذي دفع باستخدام البطاقة أمر لا رجعة فيه، ولا يمكن التعرض على الدفع إلا في حالة فقدان أو سرقة أو سوء استخدام البطاقة والتسوية أو التصفية للمستفيد.

(2)- وقد جاء في هذه المادة :

" L'utilisateur de services signale, sans tarder, à son prestataire de services de paiement une opération de paiement non autorisée ou mal exécutée et au plus tard dans les treize mois suivant la date de debit…."

وجاء في الفقرة الثانية من المادة (L133-17) أنه :

"Lorsque le paiement est effectué par une carte de paiement émise par un établissement de credit…et permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds, il peut être fait opposition au paiement en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaires du bénéficiaire"

(3)- وعمليا فبمتابعة بعض أحكام وقرارات المحاكم يلاحظ أنه في أغلب هذه النزاعات يتمسك العميل بعدم شرعية القيود المدرجة في حسابه لكون الأمر به لم يصدر عنه، أو لم يتم باستخدام أداة التحويل الخاصة به التي سلمها

عليها من طرف الزبون فإننا سنقوم ببحث الحالة التي تكون فيها تلك القيود ناشئة عن سرقة أو فقد أداة التحويل نظرا لأهميتها في الميدان العملي (الفقرة الأولى) ثم سنقوم ببحث الحالات الأخرى غير المتعلقة بفقد أداة التحويل أو سرقتها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مسؤولية البنك عن القيود غير المشروعة في حالة فقد أداة التحويل أو سرقتها

يلتزم العميل بالحفاظ على أداة التحويل الخاصة به والمسلمة له من طرف البنك كما سلف وقلنا، فإذا وقع ما من شأنه أن يعرض تلك الأداة لخطر الاستيلاء عليها من طرف الغير كفقدها أو سرقتها منه فيجب عليه أن يقوم بإخطار البنك بذلك بأسرع وسيلة ممكنة، وإذا ما تقاعس الزبون عن إخطار البنك فإنه يتحمل جميع النفقات التي تمت باستخدام أداة التحويل الخاصة به[1]، أما إذا قام الزبون بإخطار البنك بعد ضياع أداة التحويل أو سرقتها فإن تحديد مسؤولية البنك تقتضي التمييز بين النفقات التي تمت قبل توصل البنك بالإخطار (أولا) وتلك التي تمت بعده (ثانيا)

أولا : مسؤولية البنك عن النفقات التي تمت قبل إخطاره بواقعة الضياع أو السرقة

لقد أثارت المسؤولية عن النفقات التي تمت قبل قيام العميل بإبلاغ البنك عن واقعة فقد أو سرقة أداة التحويل الخاصة به اختلافا في وجهات النظر، وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين اتجاهين، الأول يحمل المسؤولية للعميل بشكل كامل ودون النظر إلى سلوكه ومدى صدور خطأ منه، أما الثاني فيبحث في سلوكه ويتطلب ارتكابه لخطأ ما حتى يتحمل المسؤولية كاملة.

1- الاتجاه الأول: المسؤولية المطلقة للزبون

ويرى مناصرو هذا الاتجاه بأن المسؤولية عن النفقات التي تمت قبل إخطار البنك بواقعة الفقد أو السرقة تقع على كاهل الزبون[2] الذي ارتضى تحمل تلك المخاطر عند

له البنك، لكن بالإضافة إلى النزاعات التي تقوم بين البنوك وعملائها، فإن العمل بأدوات التحويل البنكي الإلكتروني يطرح إشكالات أخرى أمام القضاء تتعلق بالعلاقات المختلفة التي يقوم عليها العمل بها، وخصوصا بين البنوك والتجار الذين يقبلون أداة التحويل للوفاء بأثمان السلع والخدمات التي يقدمونها، وبين البنوك بعضها مع بعض عندما يتم تدخل أكثر من بنك لإجراء عمليات التحويل.

(1)- وهذه الحالة لا يطرح أي إشكال فعدم قيام العميل بإخطار البنك نهائيا يعتبر إخلالا بالإلتزام المفروض عليه فيتحمل بذلك جميع النفقات التي تمت باستخدام أداة التحويل الخاصة به، ولكن يجب على البنك كذلك كما سبق وأشرنا أن يوفر للعميل الوسائل التي تمكنه من القيام بالإخطار في أسرع وقت ممكن وإلا يخالف بدوره الإلتزامات المفروضة عليه في هذا الشأن، لهذا فإن الإخطار المتأخر أو الذي يأتي بعد الوقت المحدد يستلزم التمييز بين ما إذا كان هذا التأخير راجع إلى العميل أو إلى البنك، فإذا كان يرجع إلى العميل بأن تقاعس في القيام به، يتحمل المسؤولية عما وقع له من أضرار.

(2)- أنظر في ذلك :

- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س، ص 192

توقيعه على العقد مع البنك، فعادة ما تتضمن العقود شروطا تحمل الزبون المسؤولية عن أي قيد تم قبل قيامه بإخطار البنك بواقعة الفقد أو السرقة أو بعد مضي مدة معينة من قيامه بهذا الإخطار[1]، لهذا فإن الإخطار يمثل الحد الفاصل بين مسؤولية كل من البنك والزبون، ولا يمكن تحميل البنك المسؤولية في هذه الحالة لأن إبلاغه بواقعة الفقد أو السرقة هي الأساس الذي يرتكز عليه البنك لإيقاف العمل بأداة التحويل ومنع أي استعمال غير مشروع لها من طرف الغير[2].

وقد وجد هذا التوجه الذي يعتمد على المقتضيات التعاقدية صداه في القضاء، حيث يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية كانت تتجه في هذا الاتجاه في فترة من الفترات فقد جاء في قرار صادر عن غرفتها التجارية " إن حامل البطاقة قد قبل بمقتضى الشرط تحمل مخاطر الاستخدام التدليسي للبطاقة الزرقاء في الفترة السابقة على قيامه بالتعرض، ويكون مسئولا عن ذلك حتى وصول التعرض"[3].

كما حمل القضاء المغربي بدوره العميل تلقائيا وبشكل كامل جميع النفقات التي تمت قبل قيامه بإخطار البنك، فقد جاء في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش[4] "وأنه استنادا إلى المادة الثامنة من العقدة النموذجية فلا قيام لمسؤولية

- عبد الهادي النجار: بطاقات الإئتمان والعمليات المصرفية الإلكترونية، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، الجزء الأول، م، س، ص 54
- فياض ملفي القضاة : مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، م، س، ص943
- سميحة القليوبي : وسائل الدفع الحديثة، م، س، ص 75
- توفيق شنبور: أدوات الدفع الإلكتروني، م، س، ص 98

(1)- وقد أعطت بعض البنوك لنفسها مهلة زمنية معينة كحد أقصى للتملص من المسؤولية بحيث أن المسؤولية لا تنتقل إليه إلى بعد انقضاء هذه المدة، فعلى سبيل المثال ينص الفصل 15 من الشروط العامة لعقد بطاقة البنك الشعبي بالمغرب على أنه " وفي حالة استعمال تدليسي من طرف الغير فإن مسؤولية صاحب البطاقة لن تزول إلا بعد 48 ساعة من تسلم الوكالة للرسالة المضمونة المذكورة أو توقيع التصريح من طرف الزبون لدى الوكالة المصدرة للبطاقة "، كما تنص الفقرة الثانية من الفصل الخامس من الشروط العامة لاستعمال بطاقة فيزا إنتربنك المغرب على أنه "...وبذلك ترتفع مسؤوليته في اليوم التالي لتوصل وكالته البنكية بالتصريح "، وتنص الفقرة الثانية من الفصل الخامس من الشروط العامة لبطاقة فيزا مصرف المغرب على أنه، " ... وبذلك ترتفع مسؤوليته في اليوم الموالي لتوصل وكالته البنكية بالتصريح وتوصل التصريح لدى السلطات المختصة ".

(2)- أنظر في ذلك :
- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س، ص 189
- نزيه الصادق المهدي : نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الإئتمان من الوجهة القانونية م، س، ص790
- علي محمد الحسين الموسى : البطاقات المصرفية، م، س، ص 2002

(3)- إن مؤدى هذا القول أن العميل يتحمل الديون الناشئة عن إستخدام أداة التحويل المسروقة أو المفقودة التي تمت قبل إخطاره البنك، بغض النظر عن وفاء هذا الأخير للمبالغ بشكل فعلي أم لا، حيث إن مخاطر الإستخدام تتحدد باستعمال أداة التحويل، أنظر:

- Cour de Cass.com 2 Dec. 1980. D.1980

أشار إليه جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س، ص 188

(4)- قرار رقم 06/761 منشور في الموقع الإلكتروني لمحكمة الإستئناف التجارية بمراكش www.cacmarrakech.ma

البنك خلال مدة 48 ساعة التي تنطلق من تاريخ توصله بالإشعار بالضياع بعد وضعه لدى مصالح الشرطة، وأنه ما دام الإشعار المذكور لم يبلغ للبنك إلا بتاريخ 2005/06/16 فإن مسؤوليته لا تقوم إلا انطلاقا من 2005/06/19، ولما كانت عمليات السحب موضوع النزاع قد حصلت يومي 16 و2005/06/17، أي في تاريخ سابق عن انطلاق مسؤولية البنك، فإن هذا الأخير لا يتحمل أية مسؤولية".

ووفقا لهذا التوجه الذي يقوم في الأساس على تفسير المقتضيات التعاقدية يكون العميل مسئولا عن جميع المخاطر الناجمة عن استخدام أداة التحويل من جانب الغير الذي وقعت في حيازته بعد فقدها أو سرقتها إلى أن يقوم بإخطار البنك بواقعة الفقد أو السرقة، بل إنه يجب منح البنك مهلة كافية ليستطيع وقف العمل بأداة التحويل، فالإخطار في هذه الحالة يمثل الحد الذي يفصل بين قيام مسؤولية كل من البنك والعميل بخصوص العمليات التي تمت بواسطة الغير باستخدام أداة التحويل المفقودة أو المسروقة[1].

وقد تبنت بعض التشريعات هذا التوجه الأخير ومن بينها التشريع الأردني والذي يمكن أن يستنتج موقفه هذا من خلال ما نص عليه في المادة 27 من قانون المعاملات الإلكترونية[2]، وبمفهوم المخالفة لما جاء في تلك المادة يمكن القول أنها اعتبرت أن

كما جاء في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث إن الفقرة الثانية من الفصل 6 من العقد الرابط بين الطرفين بخصوص تسليم واستعمال بطاقة السحب تنص على أن مسؤولية حامل البطاقة تنتفي في اليوم الموالي أي 24 ساعة من تاريخ تسلم الوكالة المفتوح بها الحساب بتصريح كتابي بالسرقة والوصل المسلم من طرف الشرطة، وحيث من الثابت من وثائق الملف أن المدعية قامت بالتصريح لدى الشرطة بضياع بطاقة السحب كما يتجلى ذلك من ختمها على التصريح المذكور"

- محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء قرار عدد 03/7064 والصادر بتاريخ 23 يونيو 2003 (غير منشور)

والقضاء الأردني بدوره يؤكد على صحة الشروط التعاقدية التي يحمل بموجبها البنك المسؤولية للعميل عن جميع النفقات التي تمت قبل قيامه بإخطار البنك عن واقعة فقد أو سرقة أداة التحويل، ففي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " من المستقر عليه فقهاً وقضاءاً بان العقد شريعة المتعاقدين وان حقوق العقد توجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليهما فيكون ما قام به البنك من قيد قيمة المطالبة المتعلقة بالغير متفقاً وأحكام هذا العقد"

- تمييز حقوق عدد 2004/814 والصادر بتاريخ 07/07/2004 سبقت الإشارة إليه

(1)- أنظر في ذلك :

- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س، ص 192

- إبراهيم وليد عودة : النظام القانوني للبطاقات البنكية، م، س، ص 31

أما بخصوص العمليات التي أجريت قبل الإخطار وتم الوفاء بها بعده، فإن بعض الفقه يرى بتحميل البنك المسؤولية في هذه الحالة على اعتبار أن العقود المبرمة تتضمن صراحة إعفاء العميل من المسؤولية منذ لحظة الإخطار، الأمر الذي يفهم منه أن الإعفاء يشمل كل العمليات المنفذة من الغير ابتداء من هذه اللحظة أيا كان تاريخ الوفاء بها، بينما يرى توجه آخر في الفقه أن المنطق يقضي بأن يتحمل العميل هذه النفقات لأن المخاطر قد تحققت بحصول الجاني على السلع أو الخدمات أو المبالغ وليس بوفاء البنك لقيمتها، أنظر:

- كيلاني عبدالرضى محمود : المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 174

- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س، ص189

(2)- وقد جاء في هذه المادة "لا يعتبر العميل مسؤولا عن أي قيد غير مشروع على حسابه بواسطة التحويل الالكتروني تم بعد تبليغه المؤسسة المالية عن إمكانية دخول الغير إلى حسابه أو فقدان بطاقته أو احتمال معرفة

الزبون يكون مسئولا عن جميع النفقات التي وقعت قبل إبلاغه البنك بواقعة ضياع أو سرقة أداة التحويل.

2- الاتجاه الثاني: المسؤولية المقيدة للزبون

لا يكون العميل مسئولا وفقا لهذا التوجه بشكل تلقائي عن النفقات التي تمت قبل قيامه بإخطار البنك بواقعة الفقد أو السرقة خصوصا إذا ما قام بواجبه هذا في أسرع وقت ممكن ولم يصدر منه أي تقاعس في تنفيذه، لذلك فحتى يمكن تحميله المسؤولية عن تلك النفقات يجب أن يثبت إهمال من طرفه في تنفيذ الواجبات الأخرى التي تفرض عليه الحفاظ على أداة التحويل الخاصة به، فإذا لم يثبت صدور أي تقصير منه في ذلك يتحمل البنك المسؤولية[1].

وفي هذا الصدد درجت بعض العقود الخاصة بأدوات التحويل الإلكتروني في فرنسا على تحميل العميل جزء من المبالغ التي تمت بواسطة أداة التحويل الخاصة به قبل قيامه بإبلاغ البنك بواقعة الفقد أو السرقة، فهو لا يتحمل المسؤولية كاملة عن تلك المبالغ ما لم يصدر منه أي إهمال أو تقصير في قيامه بواجباته التي تفرض عليه الحفاظ على أداة التحويل الخاصة به[2]، وقد كرس المشرع الفرنسي تلك المقتضيات التعاقدية تشريعيا وذلك عندما نص في الفقرة الأولى من المادة (L133-19) من قانون النقد والمالية بأن

الغير لرمز التعريف المتعلق به والطلب منها وقف العمل بوسيلة التحويل الالكترونية"، وهي نفس ما نصت عليه تعليمات البنك المركزي الأردني وذلك في المادة الثامنة والتي جاء فيها " لا يعتبر العميل مسؤولا عن أي قيد تم على حسابه بواسطة تحويل إلكتروني قد تم بعد أن أبلغ العميل البنك عن إمكانية دخول الغير إلى حسابه أو فقدان بطاقته أو احتمال معرفة الغير لرمز التعريف الخاص به وعلى البنك أن يقوم بوقف العمل بهما.."

(1)- نشير إلى أن هذا التوجه قال به القضاء الفرنسي في بعض القرارات الصادرة عنه والتي كانت تخرج فيها عن القواعد التعاقدية نظرا لارتكاب البنك خطأ أو عمل أدى إلى عدم استطاعة العميل بالقيام بالإلتزام المفروض عليه بالإخطار، أو أدى إلى تأخره في توجيه هذا الإخطار، بل إنها في بعض الحالات أعفت العميل من المسؤولية حتى ولو لم يصدر أي خطأ من البنك، وذلك من خلال التشكيك في صحة وسلامة النظام الإلكتروني الذي يضعه البنك لإجراء عمليات التحويل، وفي هذا الإطار صدر قرار عن القضاء الفرنسي أكد فيه أنه في غياب خطأ العميل يتحمل البنك مخاطر الوفاء بأداة التحويل سواء كانت سحب النقود من الموزعات بسبب عدم إثبات البنك إهمال العميل أو خطئه في حفظ البطاقة والرقم السري بغض النظر عن قيام الغير بتشغيل الموزع لأن هذا يمكن أن يحدث على أثر قصور في نظام الأمان،أنظر:

- Cour d'appel de Paris 1 Dec 1980 R.T.D.com 1981 P.333

أشار إليه كيلاني عبد الرضى محمود: المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 184 وما بعد

(2)- على سبيل المثال نصت المادة 11 من عقد الحامل للبطاقة البنكية CB الصادر عن بنك ليون على أنه " وفي حالة التعرض المنفذة طبقا للمادة 10 فتتحدد مسؤولية الحامل بالنسبة للعمليات المنفذة قبل التعرض، بحد أقصى 600 فرنك بالنسبة للمشتريات المنفذة لدى التجار بدون تركيب الرقم السري وبحد أقصى 3000 فرنك بالنسبة للمشتريات المنفذة مع تركيب الرقم السري، تقوم مسؤولية الحامل بدون تحديد للقيمة في حالة خطئه وإهمال في حفظ البطاقة أو الرقم السري أو استعمال البطاقة بواسطة احد أفراد أسرته أو التعرض المتأخرة "، أنظر في ذلك :

- كيلاني عبد الرضى محمود: الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 179

العميل لا يتحمل ما يفوق 150 يورو من قيمة المعاملات التي تمت قبل الإخطار إذا تم استخدام أداة التحويل الخاصة به من قبل الغير[1]، ما لم يصدر منه أي إهمال جسيم في القيام بالالتزامات المفروضة عليه بمقتضى العقد الذي يربطه بالبنك.

كما أن هذه المقتضيات لا تطبق إلا إذا تمت العملية المتنازع عليها من خلال استخدام أداة التحويل مع رمز التعريف الشخصي الخاص بالعميل، أما إذا أجريت عمليات التحويل دون إستخدام هذا الرمز فإن البنك يتحمل وحده المسؤولية عن جميع المبالغ، والسبب في ذلك أن رمز التعريف أي الرقم السري يعتبر بمثابة التوقيع الذي يميز العميل عن غيره من الأشخاص، وهو الوسيلة التي يتعرف بواسطتها البنك على عميله، فيكون من واجب العميل أن يوليه اهتماما بالغا بالحفاظ عليه من خطر السرقة أو الضياع، وفي حالة سرقته أو ضياعه يجب على العميل أن العميل جزءا من المسؤولية عن الأضرار التي حدثت له، وليس كامل المسؤولية، إلا إذا صدر منه إهمال جسيم.[2]

ونظرا لأهمية رمز التعريف الخاص بأداة التحويل فإن الفقه[3] يميز بين التزام العميل بالحفاظ على أداة التحويل نفسها، والتزامه بالحفاظ على الرمز السري، فيجعل الأول إلتزاما ببذل عناية بينما يكون التزام العميل في الحفاظ على الرقم السري إلتزاما بتحقيق نتيجة، ووفقا لذلك فإن مجرد إستخدام الرقم السري مع أداة التحويل المفقودة أو المسروقة من طرف الغير، يعتبر بمثابة قرينة على إخلال العميل بواجبه بالحفاظ عليه، مما يرتب مسؤوليته كاملة عن جميع المبالغ التي تمت قبل التعرض.

---

(1)- وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (L133-19) من قانون النقد والمالية على أنه :

" En cas d'opération de paiement non autorisée consécutive à la perte ou au vol de l'instrument de paiement, le payeur supporte, avant l'information prévue à l'article L. 133-17, les pertes liées à l'utilisation de cet instrument, dans la limite d'un plafond de 150 euros.."

ويلاحظ أن أول من نص على مثل هذه المقتضات هو المشرع الأمريكي وذلك في المادة 909 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال، حيث حدد مسؤولية العميل عن العميلات التي تتم بعد التعرض في 50 دولار أمريكي إذا لم يتأخر في الإخطار، وفي 500 دولار إذا تم الإخطار داخل أجل 48 ساعة، على أن العميل يتحمل المسؤولية كاملة إذا صدر منه أي إهمال في حفظ أداة التحويل الخاصة به، أنظر في ذلك :

- الهادي شايب عينو : بعض المشاكل الناجمة عن استعمال المعلوماتية في البنوك موقف القانون والقضاء، م، س، ص 139

(2)- وفي هذا الإطار جاء في الفقرة الأولى من المادة (L133-19) من قانون النقد والمالية الفرنسي:

" Toutefois, la responsabilité du payeur n'est pas engagée en cas d'opération de paiement non autorisée effectuée sans utilisation du dispositif de sécurité personnalisé."

و يرى بعض الفقه أن هذه الحالة عادة ما ترتبط باستخدام أداة التحويل للشراء عن بعد من خلال الأرقام الظاهرة على سطح البطاقة البنكية على سبيل المثال ودون إستخدام الرمز السري الخاص بها، ولا مجال هنا لاعتبار وجود أمر وفاء فعلي نظرا لغياب توقيع الحامل، أنظر:

- كيلاني عبد الرضى محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 633

(3)- أنظر في ذلك :

- جميل عبدالباقي الصغير: الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م. س. ص 172

ولاشك هذا التصور يقترب من الحيلة القانونية الهدف منها تحميل العميل المسؤولية عن جميع المبالغ التي تمت قبل التعرض، أكثر من كونه تحليلا قانونيا لحقيقة مسؤولية العميل في تلك الحالة، لكن على الرغم من ذلك فقد وجد له صدى لدى القضاء الفرنسي، ورتبت عليه المحاكم[1] العديد من النتائج القانونية من بينها أن إخطار العميل للبنك بفقد أداة التحويل دون الرقم السري يترتب عليه مسؤولية العميل عن جميع المبالغ حتى بعد الإخطار، كما تم تكريس القرينة التي بمقتضاها يكون الزبون مخلا بواجبه في الحفاظ على أداة التحويل الخاصة به بمجرد استخدامها ورمزها السري من طرف الغير[2].

وإذا كنا نتفق مع الإتجاه الفقهي السابق في وجوب اتخاذ العميل لاحتياطات أكبر في الحفاظ على الرقم السري الخاص به لأنه يشكل وبحق مفتاح خزينة النقود القيدية للعميل لدى البنك[3]، فإنه لا يمكن الإتفاق معه على أن سرقة أو فقد الرقم السري يترتب عنه مباشرة إلقاء عبء النفقات المنفذة على عاتق العميل بدون البحث عن خطأ أو إهمال في جانبه، ولا يعد مجرد إفشاء الرقم السري ووصوله إلى الغير وقيام هذا الأخير باستعمال أداة التحويل دليلا على إهمال العميل في إبقاء هذا الرقم سرا، لأنه من غير الممكن الإعتماد على حجة مؤسسة على النواحي الفنية فقط لترتيب نتيجة لهذا آثار قانونية خطيرة تنقل عبء المسؤولية من البنك للعميل.

وفي ظل الإنتقادات الموجهة لهذا الإتجاه قامت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسي بهدم هذه القرينة في أحد القرارات الصادرة عنها قبل دخول قانون النقد والمالية الجديد حيز التنفيذ، وقررت بموجبه ضرورة قيام البنك بإثبات صدور إهمال من العميل في الحفاظ على أداة التحويل والرمز السري الخاص بها، بحيث لا يكفي الإدعاء بأن

(1)- وفي هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بإلغاء النفقات المنفذة عن طريق الغير عند سرقة أو فقد البطاقة مع الرقم السري، فعند سرقة أو فقد البطاقة البنكية فإن مسؤولية الزبون عن عمليات السحب المنفذة من خلال أجهزة السحب النقدي الآلي تتوقف منذ لحظة الإخطار بشرط أن يظل مسئولا عن الاستعمال الغير مشروع الذي يتم قبل الإبلاغ أو بعد التعرض إذا أغفل الإبلاغ عن فقد أو سرقة الرقم السري مع البطاقة، أنظر :

- Cour de Cass.com 18 avril 1989. D.1991.p40

(2)- فنجد أن محكمة النقض الفرنسية حملت الزبون المسؤولية عند ضياع أداة التحويل والرقم السري ،وقد اعتمدت المحكمة في ذلك على الاتفاق المبرم بينه وبين البنك، والذي بموجبه يلتزم الزبون إبقاء رقمه السري سرا، وفي حالة ضياع أو سرقة أداة التحويل والرقم السري في آن واحد، فإن الزبون يكون مسئولا بالكامل لأنه لم ينفذ شروط العقد، فيستخلص القضاء من قيام الغير باستخدام أداة التحويل داخل أجهزة السحب النقدي الآلي أو لدى التجار، قرينة على حيازة هذا الغير للرقم السري، وهذه الحيازة ناتجة حتماً من إهمال الزبون،حيث إن استعمال أداة التحويل بواسطة الغير في الوفاء أو السحب قرينة على علمه بالرقم السري ، أنظر في ذلك :

- Cour de Cass.com 18 Avril 1989

- أشار إليه بيار اميل طوبيا : بطاقات الإعتماد ، م، س، ص 104

(3)- أنظر في ذلك :

- جميل عبدالباقي الصغير: الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س، ص 194

- كيلاني عبد الرضى محمود: المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 201

مجرد إستخدام الغير للرقم السري قرينة على إهمال العميل[1]، بل إن محكمة النقض في قرار أخر لها وبعد أن أكدت على واجب البنك في إثبات إهمال العميل في الحفاظ على أداة التحويل الخاصة به لتحميله المسؤولية عن النفقات التي تمت بعد الإخطار إشترطت في هذا الإهمال أن يكون على قدر من الجسامة بحيث يشكل سوء سلوك فادح[2].

وقد كرس المشرع الفرنسي هذه التوجهات القضائية الحديثة في قانون النقد والمالية في النصوص السابق الإشارة إليها، حيث يتضح أن العميل لا يكون مسؤولا في إطار التشريع الفرنسي عن العمليات التي تمت قبل قيامه بإخطار البنك في حالة فقده لأداة التحويل الخاصة به أو سرقتها هي ورمز التعريف إلا في حدود المبلغ التي حددها المشرع، ما لم يقوم البنك بإثبات صدور إهمال جسيم من طرف العميل في القيام بالالتزامات المفروضة عليه، وفي هذه الحالة فقط يمكن إعفاء البنك من المسؤولية عن جميع النفقات التي تمت قبل الإخطار.

ثانيا : مسؤولية البنك عن النفقات التي تمت بعد إخطاره بفقد أداة التحويل أو سرقتها

يرى معظم الفقه[3] أن البنك هو من يقع عليه عبء المسؤولية بعد أن يقوم الزبون بإخطاره بفقدان أداة التحويل أو سرقتها منه، ذلك أنه يكون ملزما باتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف العمل بأداة التحويل تلك ومنع الاستعمال غير المشروع لها بمجرد توصله بالإخطار، وفي حالة عدم اتخاذه لتلك الإجراءات فإنه يكون مسئولا أمام العميل، لهذا فإن قيام العميل بإخطار البنك يجعل هذا الأخير مسؤولا عن جميع المبالغ التي تمت بعد الإخطار.

---

(1)- وقد جاء في هذا القرار :

".. Mais attendu qu'en cas de perte ou vol d'une carte bancaire, il appartient à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire, au sens de l'article L. 132-3 du code monétaire et financier, d'en rapporter la preuve ; que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute ; "

- Cass.Com. 2 oct 2007 www.courdecassasion.fr

(2)- أنظر في ذلك :

- Cass.Com. 28 mars 2008 www.courdecassasion.fr

(3)- أنظر على سبيل المثال :

- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س، ص 173
- محمد الشافعي : بطاقات الأداء والائتمان بالمغرب، م، س، ص 77
- عصام حنفي محمود : الطبيعة القانونية لبطاقات الإئتمان م، س، ص 896
- نزيه الصادق المهدي : نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الإئتمان من الوجهة القانونية، م، س، ص 790
- علي محمد الحسين الموسى : البطاقات المصرفية م، س، ص 2002
- سميحة القليوبي : وسائل الدفع الحديثة، م، س، ص 75
- فداء يحيى الحمود : النظام القانوني لبطاقة الإئتمان م، س، ص 31

وعلى الرغم من أن هذه المسألة لا تعتبر من المسائل الخلافية نظرا لأن المقتضيات التعاقدية تؤكدها، فإن ما يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أكد عليها من خلال نصه على ضرورة قيام البنك بوقف العمل بأداة التحويل بمجرد توصله بالإخطار من طرف العميل في بادئ الأمر، ثم حمل البنك المسؤولية كاملة عن جميع المبالغ المالية التي تم إنفاقها بواسطة أداة التحويل المفقودة أو المسروقة بعد توصله بالإخطار من عميله، لكنه استثنى من ذلك الحالة التي تصدر فيها من العميل بعض الوسائل الإحتيالية[1] التي يكون الهدف من القيام بها هو إيهام البنك بأن أداة التحويل قد فقدت أو سرقت من العميل وأن الغير هو الذي أستخدمها بشكل غير مشروع، بينما الواقع لا يكون كذلك في حقيقة الأمر بحيث يتم استخدامها من طرف العميل نفسه أو من الغير بتحريض من العميل.

وقد أكد القضاء الفرنسي على قاعدة تحميل البنك المسؤولية عن العمليات التي تمت بعد إخطار العميل له بواقعة الفقد أو السرقة في العديد من القرارات الصادرة عنه[2]، كما أن القضاء المغربي بدوره حمل البنك المسؤولية في هذه الحالة[3]، لكن يلاحظ على الرغم من ذلك وجود توجه فقهي[4] يدعو إلى تحميل العميل المسؤولية عن العمليات التي تمت بعد الإخطار في الحالة التي يقع فيها إهمال من طرف العميل في القيام بالواجبات التي تفرض عليه الحفاظ على أداة التحويل، أو عندما يخطر البنك بفقد أداة التحويل دون أن يخطره بفقد الرمز السري الضروري لاستخدامها معها[5].

---

(1)- وقد نص المشرع الفرنسي على ذلك في المادة (L133-20) من قانون النقد والمالية والتي جاء فيها :

" Après avoir informé son prestataire ou l'entité désignée par celui-ci, conformément à l'article L. 133-17 aux fins de blocage de l'instrument de paiement, le payeur ne supporte aucune conséquence financière résultant de l'utilisation de cet instrument de paiement ou de l'utilisation détournée des données qui lui sont liées, sauf agissement frauduleux de sa part."

(2)- وحملت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها البنك المسؤولية عن سحب مبالغ نقدية بواسطة بطاقة مسروقة، معتمدة في ذلك أن صاحبها قام بتقديم التعرض، والبنك لم يستعمل كل الوسائل الممكنة لإيقاف السحوبات التي تتم بطريقة غير مشروعة، أنظر :

- Cour de Cass.com 18 Juin 1991.

أشار إليه بيار اميل طوبيا : بطاقات الإعتماد ، م، س، ص 94

(3)- وقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بمراكش " وحيث إنه لو تم إيقاف هذا الحساب لدى البنك في الوقت الذي توصل فيه بالتعرض على استعماله لما تم سحب أي مبلغ منه ، وأن تقصيره في ذلك ما كان يجب فعله كما يتجلى في فعل ما كان يجب الإمساك عنه ، وحينما ترك المستأنف – البنك- ما كان يجب فعله من إيقاف تشغيل الحساب بعد إشعاره من طرف صاحبه بذلك لضياع بطاقته أدى ذلك مباشرة إلى إحداث ضرر مادي لهذا الأخير يتجلى في سحب مبالغ غير مستحقه من حسابه وكان ذلك نتيجة لخطأ البنك مما يخول للمتضرر من ذلك تعويضه عن هذا الضرر وهو ما قضى به الحكم المستأنف مما يتعين معه التصريح بتأيده"

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 261 ، والصادر بتاريخ 15 مارس 2005 (غير منشور)

(4)- أنظر في ذلك :

- جميل عبدالباقي الصغير: الحماية المدنية والجنائية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س، ص 194

- كيلاني عبدالرضى محمود: المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 196

(5)- وقد جاء في قرار لمحكمة إستئناف باريس أنه قد تم إبتكار أجهزة سحب نقدي آلي حيث لا يمكن إجراء أي عملية سحب للنقود إلا باستخدام الرقم السري الذي يلتزم الحامل بالمحافظة عليه سرا، ولذلك فإن إستخدام خمسة

والحقيقة أنه من الصعب القول بصحة هذا التوجه الأخير، لأن التمييز بين فقد أداة التحويل والرمز السري الخاص بها لا يقوم على أي أساس عملي في هذه الحالة[1]، فمجرد قيام الزبون بإخطار البنك بفقده لأداة التحويل يوجب على هذا الأخير أن يقوم بإيقاف العمل بها مباشرة[2]، ولا يمكن عمليا إيقاف استخدام الأداة دون الرقم السري الخاص بها، وبالإضافة إلى ذلك فإن القول بأن إستخدام أداة التحويل من طرف الغير إنما يشكل قرينة على إهمال العميل، ثم تحميله المسؤولية بناءا على ذلك، ما هو في حقيقة الأمر إلا دعوة لتحميله المسؤولية في جميع الحالات سواء قبل الإخطار أو بعده وهو ما يتعارض مع العدالة والمنطق القانوني السليم[3].

والملاحظ أن المشرع الأردني قد أخذ بهذا الإتجاه الأخير بخصوص المسؤولية عن المبالغ التي تمت بعد قيام العميل بإخطار البنك بواقعة الفقد أو السرقة ، فعلى الرغم من إعفائه للعميل من تلك المبالغ في المادة 27 من قانون المعاملات الإلكترونية، إلا أنه عاد في المادة الموالية لينص على أن العميل يكون مسئولا عن أي استعمال غير مشروع لحسابه بواسطة تحويل إلكتروني إذا ثبت أن إهماله ساهم بشكل كبير في ذلك وأن البنك

أجهزة مختلفة في ثمان مرات بعد الإعلان عن السرقة من الحامل وتأكيده عدم سرقة أو فقد الرقم السري يظهر أن الحامل لم يحترم التزامه التعاقدي بإبقاء هذا الرقم سرا، وبناء عليه يجب أن يظل الحامل مسؤولا عن عمليات السحب المنفذة من الغير بعد التعرض، أنظر في ذلك :

- Vasseur (M): sous Cour d'appel Paris 29 Mars 1985. D.1986, I.R P 327.

(1)- أنظر في نفس التوجه :

- كيلاني عبدالرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص621-622

(2)- وقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بأنه يعد القرار الصادر عن قضاء الموضوع مبررا قانونا بإدانة البنك برد المبالغ المدينة في حساب أحد العملاء والمقابلة لعمليات سحب النقود نفذت باستخدام بطاقة للوفاء مسروقة وذلك من خلال أحد أجهزة السحب النقدي الآلي وذلك بعد قيام العميل بإخطار البنك بحدوث السرقة موضحا أن رقمه السري لم يسرق مع البطاقة، وبذلك فالمحكمة ترى أن وصول التعرض لعلم البنك وأنه لم يستخدم كل الوسائل الموضوعة تحت تصرفه بمنع عمليات السحب فإنه بذلك لم يقم بتنفيذ الإلتزام الواقع عليه.

- Cass.com 8 Oct 1991. D. 1991. IR. P245

أشار إليه كيلاني عبدالرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص 618

(3)- حتى أن القضاء الفرنسي اعتبر منذ فترة طويلة أن البنك هو الذي يتحمل قيمة المبالغ التي صدر الأمر بها قبل قيام العميل بإخطاره، والتي سددها البنك بعد توصله بهذا الإخطار، وأن مسؤوليته تقوم نتيجة لغياب الرقابة وعدم الفحص الدقيق لأوامر التحويل، لأنه كان يجب عليه أن يكون أكثر يقظة وأن يقوم بالفحص بعد إنذاره بموجب التعرض عن واقعة فقد أداة التحويل أو سرقتها هي ورقمها السري، ولا يجوز للبنك أن يتمسك بأن نظام المقاصة الآلية للفواتير يعد عقبة في طريق عملية الفحص، لأنه يجب على البنك اتخاذ الإجراءات الضرورية للتوفيق بين إجراءات الإدارة الحديثة والمصالح المشروعة للعملاء، أنظر في ذلك :

- Cour d' appel de Paris appel de.16 Oct. 1984 .D.1985 IR.P343.

- Cour d' appel de Paris.21 Dés. 1984. D.1985. IR.P344.

- كيلاني عبدالرضى محمود : المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان ، م، س، ص 175

- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س، ص 189

قد قام بكل ما يلزم لمنع هذا الاستخدام دون تمييزه لما إذا كان هذا الإستخدام قد تم بعد قيام العميل بواجبه بالإخطار أو قبله[1].

وبإجراء مقارنة بين موقف كل من المشرعين الأردني والفرنسي يتضح أن المشرع الأردني سعى من خلال ذلك النص إيجاد وسائل للبنوك حتى تتخلص من مسؤوليتها لا إلى حماية عملائها من خلال إعطائها إمكانية البحث في سلوك العميل وخطأه، وبالتحديد مدى إهماله في القيام بواجبه بالحفاظ على أداة التحويل، وكذلك عدم إلزام البنوك بالوقف الفوري للعمل بأداة التحويل بعد التوصل بالإخطار وإنما إعتبار التزامها في ذلك التزاما ببذل عناية.

والحقيقة إن الحديث عن الخطأ هنا في غير محله، ولعل الاحتيال الذي تحدث عنه المشرع الفرنسي هو الذي يمكن أن يجد له مكانا في هذه الحالة[2]، فثبوت استخدام الزبون لوسائل احتيالية يجعل منه سيء النية ويجيز معاملته بنقيض قصده وتحميله بالتالي المسؤولية عن جميع النفقات، تلك التي وقعت قبل التعرض وبعده كذلك، ولا يمكن الحديث عن خطأ العميل ذلك أنه حتى لو لم يحافظ على أداة التحويل الخاصة به، فإن إخطار البنك بواقعة الفقد أو السرقة يكفي لنقل عبء المسؤولية عن العمليات التي تم إجرائها بعد قيامه بالإخطار على البنك الذي يلتزم باتخاذ كافة الإجراءات لمنع الاستخدام غير المشروع لأداة التحويل.

كما أن البنك المركزي الأردني في التعليمات الصادرة عن بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني للأموال اعتبر أن مجرد قيام الزبون بإخطار البنك ينقل المسؤولية على عاتق هذا الأخير والذي يصبح مسؤولا عن جميع النفقات التي تمت باستخدام أداة التحويل[3]، وهو ما يعني وجود نوع من التعارض بين القانون والتعليمات.

فالنص الوارد في تعليمات البنك المركزي الأردني لم يسمح للبنك من التحلل من مسؤوليته في هذه الحالة، بينما سمحت له المادة 28 من التحلل من هذه المسؤولية إذا ما

---

(1)- وقد نصت المادة 27 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه " لا يعتبر العميل مسؤولا عن أي قيد غير مشروع على حسابه بواسطة التحويل الالكتروني تم بعد تبليغه المؤسسة المالية عن إمكانية دخول الغير إلى حسابه أو فقدان بطاقته أو احتمال معرفة الغير لرمز التعريف المتعلق به والطلب منها وقف العمل بوسيلة التحويل الالكترونية، بينما نصت المادة 28 من نفس القانون على أنه " على الرغم مما ورد في المادة (27) من هذا القانون ، يعتبر العميل مسؤولا عن أي استعمال غير مشروع لحسابه بوساطة تحويل الكتروني إذا ثبت أن إهماله قد ساهم في ذلك بصورة رئيسه وان المؤسسة قد قامت بواجباتها للحيلولة دون أي استعمال غير مشروع لذلك الحساب"

(2)- أنظر المادة (L133-20) من قانون النقد والمالية الفرنسي.

(3)- وقد جاء في المادة الثامنة من تعليمات التحويل الإلكتروني للأموال الصادرة عن البنك المركزي الأردني أنه " أ- لا يعتبر العميل مسؤولا عن أي قيد تم على حسابه بواسطة تحويل إلكتروني قد تم بعد أن أبلغ العميل البنك عن إمكانية دخول الغير إلى حسابه أو فقدان بطاقته أو احتمال معرفة الغير لرمز التعريف الخاص به وعلى البنك أن يقوم بوقف العمل بهما. ب- يعتبر العميل قد أبلغ البنك عن فقدان البطاقة أو اطلاع الغير على رمز التعريف إذا تبين إتباعه للخطوات المتفق عليها مع البنك بشأن التبليغ "

أثبت البنك أن خطأ العميل ساهم في وقوع الضرر له، أو أن البنك قد قام بما يلزم لمنع الإستعمال غير المشروع لأداة التحويل، ومع أن القانون نفسه هو الذي أعطى للبنك المركزي صلاحية إصدار تلك التعليمات وألزم البنوك بالتقيد بها، فإنه ما لا شك فيه أنه في مثل هذه الحالة فإنه يتم ترجيح العمل بالقانون دون التعليمات وهو ما سيؤدي إلى إعطاء البنوك فرصة لتحميل الزبون المسؤولية عن جميع النفقات التي تمت بواسطة أداة التحويل المفقودة والمسروقة، سواء قبل الإخطار أو بعده[1].

الفقرة الثانية : مسؤولية البنك عن أي قيد لم يأذن به الزبون

لا تقتصر مخاطر الاستخدام غير المشروع لأدوات التحويل البنكي الإلكتروني على الحالات التي قد تفقد فيها تلك الأدوات أو تسرق من صاحبها الشرعي، وإنما توجد العديد من الحالات الأخرى التي قد يتعرض فيها العميل لمخاطر دخول الغير إلى حسابه إما نتيجة استخدام أداة تحويل مزورة أو من خلال الاستيلاء على أداة التحويل دون علم العميل[2].

وتعتبر هذه الحالات أكثر خطورة من حالات الاستخدام غير المشروع لأدوات التحويل نتيجة لسرقتها أو فقدها، ففي أغلب الأحوال لا يكون الزبون قادرا على العلم بها حتى يقوم بإخطار البنك، ولا يستطيع هذا الأخير التمييز بين زبونه والغير كذلك، فلا يتم اكتشاف مثل هذه الحالات إلا بعد وقوع القيد غير المشروع على حساب العميل، وهنا يطرح الإشكال حول الطرف الذي يجب عليه أن يتحمل مثل تلك الأضرار؟

بداية لا بد من الإشارة إلى أن معظم الفقه الذي تناول عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بالدراسة لم يتعرض لمثل هذه الحالات في إطار علاقة البنك بالزبون[3]، وإنما

---

(1)- وربما تعتبر هذه الحالة من الحالات النادرة والتي تكون فيها المقتضيات التعاقدية أكثر حمائية لعميل من القانون نفسه، فالبنك تلزم العميل بالإخطار وتعفيه من المسؤولية عن جميع المبالغ التي تتم بعد قيامه بالإخطار، ما عدا بطبيعة الحال تلك الحالات التي يستخدم فيها العميل وسائل إحتيالية فهو بذلك يخرج عن العقد.

(2)- وقد يتم ذلك من خلال إستخدام أداة التحويل عبر شبكة الإنترنت دون إستخدام الرمز السري الخاص بها، وفي هذه الحالة فإن البنك وحده هو الذي يتحمل المسؤولية وفقا للتشريع الفرنسي كما سبق وبينا، بينما هناك حالات أخرى يمكن فيها إجراء عمليات التحويل باستخدام بعض الرموز والأرقام ودون تطلب الاستخدام المادي لأداة التحويل، من خلال الولوج إلى شبكة الإنترنت بواسطة أرقام أداة التحويل مع الرمز السري الخاص بها، وهذه الحالة تتشابه إلى حد كبير مع حالة تزوير أداة التحويل، نظرا لأن المستخدم ينتحل شخصية العميل صاحب أداة التحويل الشرعي، أنظر في ذلك :

(3)- أنظر على سبيل المثال :

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الأوراق التجارية ، الجزء الثاني، م، س، ص 417
- محمد الشافعي : بطاقات الأداء والائتمان بالمغرب، م، س، ص93
- عبد العزيز توفيق: بطاقات الإعتماد والسحب، م، س، ص 155
- فايز نعيم رضوان: بطاقات الوفاء، م، س، ص151
- كيلاني عبد الرضى محمود:النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان م.س.ص457.
- رياض فتح الله بصلة: البطاقات الإئتمانية الممغنطة ومخاطر التزوير، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السنة العاشرة، المجلد 10، العدد 19، ص123

تناولها من زاوية علاقة البنك بالتاجر على أساس أن التاجر الذي يقبل الوفاء بأداة تحويل مزورة يكون قد ارتكب خطئا يحق للبنك بموجبه عدم الوفاء له بقيمة العمليات التي تمت باستخدام الأداة[1]، لكن في العديد من الحالات الأخرى قد لا يثار هذا الإشكال بهذه الطريقة بحيث قد يقتصر استخدام أداة التحويل المزورة على إجراء بعض العمليات الأخرى التي لا تتعدى نطاق العلاقة بين البنك والعميل كسحب الأموال على سبيل المثال، وفي حالات أخرى يقوم البنك بالوفاء للتجار اللذين قبلوا الوفاء بواسطة أداة تحويل مزورة ويتم تقييد تلك المبالغ على حساب الزبون.

بالإطلاع على مختلف العقود التي تنظم العلاقة بين البنك والزبون في إطار عمليات التحويل الإلكتروني للأموال يلاحظ أن البنوك تحمل الزبون المسؤولية عن جميع ما يمكن أن يقع له من أضرار نتيجة عمليات التحويل، فهي تعتبر أن أي استخدام لأداة التحويل يعتبر وكأنه صدر من طرف الزبون وكل شخص يستخدم تلك الأداة يعتبر زبونا بالنسبة للبنك[2]، بل إن بعض البنوك تنص على أن العميل هو الذي يتحمل المسؤولية عن أي قيد غير مشروع على حسابه، بالإضافة إلى اعتبارها أن التسجيلات التي تتم عند استخدام أداة التحويل البنكي وكذلك كشوفات الحساب التي تعدها حجة في مواجهة الزبون[3]، فالعميل

- جميل عبدالباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س، ص203
- بيار أميل طوبيا : بطاقة الإعتماد، م، س، ص51
- سميحة القليوبي: وسائل الدفع الحديثة، م، س، ص 83

(1)- فالتاجر في إطار الإلتزامات المفروضة عليه يلزم بالتحقق من أن أداة التحويل التي يقبلها لأداء أثمان السلع والخدمات التي يقدمها غير مزورة، ويمكن للتاجر اللجوء إلى عدة وسائل للتأكد من ذلك، كالتعرف بالعين المجردة على الخصائص المادية التي من المفترض أن تتوفر في أداة التحويل، مثل الحروف متناهية الصغر المطبوعة في بعض مناطق أداة التحويل وتدرج الألوان فيها، وكذلك إدخال بعض الصور بواسطة أشعة – كما هو شأن رمز الحمامة في بطاقات الفيزا– كما يمكن للتاجر بالعين المجردة تقدير باقي عناصر أداة التحويل، مثل لونها المعتاد وتوقيعها، ويستطيع التاجر رفضها في الوفاء لعدم توقيعها من الحامل لأهمية هذا التوقيع في المقارنة بينه وبين ذلك الموضوع على الفاتورة إذا ما تطلب الأمر ذلك، بالإضافة إلى واجبات أخرى كالتحقق من شخصية العميل الذي يقدمها للأداة بواسطة ما يكشف عن شخصيته كبطاقة التعرف الوطنية أو جواز السفر، وغيرها من الإلتزامات، أنظر في ذلك :

- كيلاني عبد الرضى محمود:النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص457 وما بعد
- رياض فتح الله بصلة: البطاقة الإئتمانية الممغنطة ومخاطر التزوير، م، س، ص 124 وما بعد

(2)- أنظر في ذلك على سبيل المثال نص الفقرة الأولى من الفصل الثالث من الشروط العامة لاستعمال بطاقة السحب للبنك العربي المغرب ونص الفقرة الأولى من الفصل الرابع من الشروط العامة لبطاقة مايسطرو الصادر عن مصرف المغرب، ونص المادة التاسعة الفقرة الأولى من الشروط العامة لعقد بطاقة فيزا انتربنك المغرب، ونص المادة 2 من عقد بطاقة فيزا بنك القاهرة عمان، ونص المادة 13 من الشروط العامة عقد بطاقة البنك الشعبي بالمغرب، ونص الفقرة الأولى من الفصل التاسع من الشروط العامة لعقد بطاقة فيزا مصرف المغرب.

(3)- فقد نصت على سبيل المثال المادة 5 من عقد الحامل الخاص ببطاقة فيزا وماستر كارد الصادرة عن البنك الشعبي بالمغرب على أنه " وفيما يخص عملية السحب بواسطة موزع أوتوماتيكي يؤكد صاحب البطاقة صراحة بأن القيود المسجلة تلقائيا في مدينة حسابه على أثر استعمال الموزع الأوتوماتيكي لن تكون موضوع أي منازعة من طرفه"، كما نص الفصل 19 من عقد الحامل الخاص بحملة بطاقة فيزا الصادرة عن بنك القاهرة عمان على أنه " يقر حامل البطاقة والكفيل بأن دفاتر البنك وقيوده وحساباته بينة قاطعة لإثبات المبالغ المستحقة عليهما

هو المكلف وفقا لذلك بإثبات أن القيد الذي وقع على حسابه غير مشروع، ولا يمكن أن يتم ذلك بطبيعة الحال إلا إذا أثبت الواقعة التي أدت إلى تقييده في الحساب، كوجود أداة تحويل مزورة أو وقوع خلل تقني في الأجهزة، وهو ما يصعب إن لم يكن يستحيل على العميل القيام به، مما يجعلنا نتساءل عن الطريقة التي تناولت فيها التشريعات مثل هذه الحالات؟

تجب الإشارة في البداية أن التشريع المغربي لم يعطي الزبون من الأصل الحق في التعرض على مثل هذه الحالات في إطار استخدام البطاقة البنكية في الأداء لدى التجار، حيث حصر حق التعرض في الحالات التي يفقد فيها الزبون بطاقته أو يتم سرقتها منه وكذلك حالة التسوية والتصفية القضائية للمستفيد، لكن بما أن المادة أعلاه لا تنظم سوى حالة معينة بذاتها وهي حالة الأداء بالبطاقة البنكية لدى التاجر، فإنه يجب إعطاء الحق للزبون في التعرض على أي قيد غير مشروع في حسابه بالنسبة لجميع الحالات الأخرى التي يمكن أن تستخدم فيها أدوات التحويل الإلكتروني للأموال.

وبالرغم من أن مثل هذا الطرح قد يحمي نوعا ما الزبون من خلال إعطاءه الحق بالتعرض على القيود غير المشروعة، فإن الاعتماد على القواعد العامة للإثبات والتي تلزم على الشخص الذي يدعي أمرا أن يثبت إدعائه تفرغ تلك الحماية من مضمونها، بالإضافة إلى أن المحاكم نادرا ما تخرج عن مضمون العقود التي تنظم العلاقة بين البنك وزبونه، ويبقى بالتالي الزبون دون أي حماية.

أما بالنسبة للمشرع الأردني والذي أوكل للبنك المركزي تنظيم عمليات التحويل الإلكتروني فهو كذلك لم يفرد قواعد خاص تنظم هذه المسألة، ولم يبين الطرف الذي يتحمل المسؤولية في حالة وجود قيود غير مشروعة على حساب الزبون، بل نص على انه في حالة إدعاء الزبون بوجود قيد غير مشروع على حسابه يجب على البنك أن يزوده بناءا على طلبه بالمعلومات التي تثبت أن هذا القيد جاء نتيجة استخدام أداة التحويل الخاصة به وليس أداة تحويل أخرى(1)، وهو ما لا يحقق فائدة كبيرة في حالة إستخدام أداة تحويل مزورة من طرف الغير، لأنه من غير الممكن في هذه الحالة التمييز بين أداة التحويل المزورة والحقيقة، فيتم التعامل مع أداة التحويل المزورة كما لو كانت حقيقية، ولم يبين المشرع كذلك مآل القيود غير المشروعة الأخرى التي قد تحدث نتيجة لأخطاء تقنية أو غيرها.

والناشئة عن إستخدام البطاقة ويصرحان بأن قيود البنك وحساباته نهائية وصحيحة ولا يحق لهما الاعتراض عليها، كما أنهما يسقطان ويتنازلان عن أي حق قانوني يجوز لهما الطعن بهذه البينة أو الاعتراض عليها، كما ويتنازلان عن أي حق قانوني يجيز لهما طلب إبراز دفاتر البنك أو قيوده وتدقيق حساباته من قبل أي محكمة".

(1)- وذلك في المادة السابعة من تعليمات البنك بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني للأموال والتي جاء فيها " ب- إذا ادعى العميل أن القيد غير مشروع، فإن على البنك القيام بتزويد العميل، بناء على طلبه، بالبيانات التي توضح بأن القيد قد حدث باستخدام البطاقة أو الرقم السري الخاصين بالعميل وليس باستخدام بطاقة أخرى أو رقم سري آخر"

وعلى خلاف كل من التشريعين المغربي والأردني قام المشرع الفرنسي بتنظيم حالات المسؤولية الناشئة عن القيود غير المشروعة على حساب الزبون، بالنص على مجموعة من الإجراءات التي يجب إتباعها من طرف البنك عند توصله بتعرض العميل على أحد القيود، فبعد أن نظم المشرع الفرنسي حالة القيد الناشئ عن فقد أو سرقة أداة التحويل، نص على أن العميل لا يكون مسؤولا إذا تم إجراء العملية غير المصرح بها دون علمه ودون استخدام أداة التحويل الخاصة به التي كانت في حوزته وقت إجراء العملية، إلا في الحالة التي يثبت فيه استخدامه لوسائل احتيالية[1].

كما نص المشرع الفرنسي كذلك على الإجراءات التي يجب القيام بها في الحالة التي يدعي فيها الزبون بوجود قيد لم يأذن للبنك بإجرائه، فيقع على عاتق البنك في هذه الحالة وبمجرد إدعاء الزبون بذلك أن يثبت له أن العملية محل النزاع تمت بإذن منه من خلال استخدام أداة التحويل الخاصة به، وأن العملية تم تسجيلها بدقة ولم يحدث أي عطل فني أو غير ذلك مما يمكن أن يؤثر على صحة القيود المسجلة داخل الجهاز الذي يتم إجراء عملية التحويل من خلاله[2]، وبالتالي فإن عبء الإثبات في مثل هذه الحالات يكون على البنك الذي يملك من الوسائل ما يمكنه من معرفة مدى إمكانية دخول الغير إلى حساب الزبون أو حدوث خلل أدى إلى إيقاع قيد غير مشروع على حسابه.

أما على مستوى القضاء يلاحظ أن القضاء المغربي حمل البنك مخاطر استخدام أدوات التحويل المزورة شريطة عدم صدور خطأ أو تقصير من الطرف الآخر بالتزاماته، وذلك في نطاق علاقة البنك بالتجار الذين يقبلون الوفاء باستخدام بطاقة مزورة، حيث شدد القضاء المغربي في أكثر من مناسبة على أن قيام التاجر بالالتزامات المفروضة عليه يعفيه من المسؤولية عن الأداء بواسطة بطاقة مزورة[3]، وفي الحقيقة أن هذا الحكم

(1)- وذلك في الفقرة الثانية من المادة (L133-19) من قانون النقد والمالية والتي جاء فيها :

"La responsabilité du payeur n'est pas engagée si l'opération de paiement non autorisée a été effectuée en détournant, à l'insu du payeur, l'instrument de paiement ou les données qui lui sont liées. Elle n'est pas engagée non plus en cas de contrefaçon de l'instrument de paiement si, au moment de l'opération de paiement non autorisée, le payeur était en possession de son instrument"

(2)- وذلك في المادة (L133-23) من قانون النقد والمالية والتي جاء فيها :

"Lorsqu'un utilisateur de services de paiement nie avoir autorisé une opération de paiement qui a été exécutée, ou affirme que l'opération de paiement n'a pas été exécutée correctement, il incombe à son prestataire de services de paiement de prouver que l'opération en question a été authentifiée, dûment enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre..."

(3)- وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " بمن بين التزامات التاجر أثناء قبول الأداء بواسطة البطاقات التأكد من هوية الزبون وعدم تجزئة مبلغ الشراء طبقا لمقتضيات الفصل 4 من الشروط العامة كما انه أوضح بأن المستأنف عليه قد قام بتجزيء مشتريات السيد باري هاج إلى ثلاثة فواتير وهو الشيء الذي يتنافى مع مقتضيات عقدة الانخراط التي تلزم التاجر بعدم تجزيء مبلغ الشراء مضيفا بأن المستأنف عليه لم يستطع الإدلاء بما يفيد التأكد من هوية الزبون سيما وانه لم يدل بنسخة من جواز سفره كما تفرض عليه الاحتياطات الواجب اتخاذها في مثل هذا النوع من العمليات وبحكم مستوى المبالغ المدرجة في الفواتير الثلاث"

ينسحب كذلك على العلاقة التي تجمع بين البنك والعميل، فإذا ما قام الزبون بالتزاماته في مواجهة البنك، ولم يصدر منه أي تقصير أو أعمال احتيالية فإن مخاطر الأداء بواسطة أداة التحويل المزورة يتحملها البنك كتاجر محترف في إطار مهنته، فهو يعد مؤهلا فنيا وقانونيا لتدبير وسائل التحويل، ويلزم عرفا بفحص هذه الوسائل فحصا دقيقا قبل أداء مقابلها، كونه يتوفر على آليات ووسائل التأكد من صحة أداة التحويل ومعرفة ما إذا كانت مزورة أم لا.

كما يلزم البنك بوضع أنظمة إلكترونية سليمة تعمل بانتظام في إطار التزامه بسلامة النظام الإلكتروني، ويجب عليه مراقبة هذا النظام والعمل على صيانته وتحديثه بشكل مستمر، ويجب عليه كذلك أن يوفر الكادر البشري المتخصص في هذا النوع من العمليات، إضافة إلى ما يمكن أن توفره أنظمة الحماية والرقابة من حلول في هذا الصدد، والتي تلزم البنوك بتوفيرها في إطار عملياتها الإلكترونية كالكاميرات التي تسلط على بعض المنافذ التي تستخدم لإجراء عمليات التحويل الإلكتروني كأجهزة الصراف الآلي فتتمكن من كشف هوية الأشخاص الذين يقومون باستخدامها.

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2004/1446 والصادر بتاريخ 2004/04/28 (غير منشور)

الفصل الثاني

النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني

تعرف المسؤولية المدنية على أنها التزام الشخص بتعويض الضرر الذي أحدثه للغير نتيجة إخلاله بالتزام معين(1)، وهي تنقسم بحسب طبيعتها إلى نوعين، مسؤولية عقدية وأخرى تقصيرية، ويتم تحديد طبيعة المسؤولية بالنظر لمصدر الإلتزام الذي تم الإخلال به، فهي مسؤولية عقدية إذا تم الإخلال بالتزام مصدره الإرادة الخاصة بالأطراف المكرسة في العقد المبرم بينهما، بينما تكون المسؤولية تقصيرية إذا تم الإخلال بالتزام فرض بمقتضى إرادة المشرع أو كما يرى فيه بعض الفقه(2) الإلتزام العام المفروض على الكافة والذي مفاده عدم الإضرار بالغير(3).

ويكتسي موضوع المسؤولية المدنية للبنك أهمية بالغة في وقتنا الحاضر نظرا للتطورات التي عرفها القطاع البنكي في ظل الإعتماد الكبير على مخرجات التكنولوجيا الحديثة من جهة، وعلى مستوى حجم المعاملات المنفذة من طرف البنوك من جهة أخرى، فالأنشطة التي تمارسها هذه الأخيرة أصبحت تمس مختلف جوانب حياة الأفراد في المجتمع، ولم يعد أحد قادر على الإستغناء عن الخدمات التي تقدمها، لكن توسع أنشطة البنك زاد من إمكانية وقوع أخطاء أثناء ممارسة هذه الأنشطة، مما زاد بالتالي من إحتمالية وقوع أضرارا للأشخاص الذين يتعاملون معه.

---

(1)- أنظر على سبيل المثال:
- عبد العزيز توفيق: المسؤولية المدنية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 18، سنة 1978 ص 9
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة2000 ص 615
- عزالدين الديناصوري وعبدالحميد الشواربي :المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، مكان النشر غير مذكور، 1997 ص 10
- عبد العزيز اللصاصمة : المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، أساسها وشروطها، دار الثقافة، عمان، 2002 ص 8 وما بعد
- أمير فرج يوسف : المسؤولية المدنية والتعويض عنها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 3 وما بعد

(2)- أنظر في ذلك :
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة 1978 ص 8
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، م، س، ص618

(3)- وأركان المسؤولية المدنية سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وحتى نتفادى التكرار فإننا سنتناول هذه الأركان وفق ما يقتضيه موضوع البحث، فنتناول الخطأ وفقا لطبيعة المسؤولية التي نقوم ببحثها في هذا الفرع، بينما نتناول الضرر في إطار حديثنا عن التعويض في الفرع الأخير من هذه الأطروحة، أما بالنسبة لعلاقة السببية فالحديث عنها سيكون في إطار بحث السبب الأجنبي في الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة.

وفي ظل عدم وجود قواعد قانونية خاصة تحكم المسؤولية المدنية للبنوك عن الأضرار التي تقع نتيجة لممارستها لأنشطتها، فإن تحديدها يتم عادة من خلال الإستعانة بالقواعد العامة للمسؤولية المدنية، لكن هذا الأمر أصبح محل نظر نتيجة إتساع نطاق المسؤولية في الميدان البنكي وازدياد خطورة العمليات التي تقوم بممارستها، فظهرت توجهات جديدة سعى بعضها إلى تحوير بعض القواعد العامة للمسؤولية المدنية بما يتلاءم مع طبيعة العمل البنكي، بينما وجدت توجهات أخرى ضالتها في الخروج عن تلك القواعد ومحاولة تقرير خصوصية للمسؤولية المدنية للبنوك بالإعتماد على النظريات الفقهية والقانونية المعروفة في هذا الصدد، وسنقوم في هذا الفصل ببحث المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني من خلال القواعد العامة للمسؤولية المدنية في (الفرع الأول)، ثم سنتعرض للتوجهات الحديثة في المسؤولية المدنية للبنوك عن عمليات التحويل الإلكتروني في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القواعد العامة للمسؤولية المدنية والتحويل البنكي الإلكتروني

تقضي القواعد العامة في المسؤولية المدنية بضرورة التمييز بين المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالعقد وتلك الناتجة عن الإخلال بالتزام قانوني، ونظرا لارتباط كل من البنك وعملائه فيما يتعلق بعمليات التحويل الإلكتروني بعقود تتحدد من خلالها التزاماتهم وحقوقهم، فإن أي إخلال يصدر من أحدهم يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية في مواجهة الآخر، لكن بما أن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تتسم بتعقدها وغلبة الطابع التقني والتكنولوجي على وسائلها وإجراءاتها، فقد ازدادت فرص وقوع الضرر في فروض لم يستطع البنك أو العميل تنبؤها لدى إبرامهم العقد، أي أنها كانت خارج حساباتهم وتوقعاتهم، مما يطرح المعادلة الصعبة التي يكون أحد شطريها ضرر وثانيها ضرورة تعويضه، وقد دفعت هذه الوضعية إلى التفكير في اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ومحاولة مسائلة البنك وفقا لقواعدها.

وسنقوم في هذا الفرع بدراسة اثر تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على عمليات التحويل البنكي الإلكتروني التي يقوم بها البنك على حساب زبونه ضمن مبحثين، نتناول في (المبحث الأول) المسؤولية العقدية الناشئة عن عمليات التحويل الإلكتروني، بينما نتعرض في (المبحث الثاني) لمدى انطباق قواعد المسؤولية التقصيرية على عمليات التحويل الإلكتروني.

المبحث الأول

المسؤولية العقدية الناشئة عن التحويل البنكي الإلكتروني

تقوم المسؤولية العقدية للبنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني نتيجة إخلاله بأحد الالتزامات التي تقع على عاتقه وتجد مصدرها في العقد الرابط بينهما، فعدم تنفيذ البنك لالتزاماته في مواجهة العميل، أو تنفيذها تنفيذا معيبا أو ناقصا يثير مسؤوليته العقدية تجاهه(1)، وبما أن العقود تبرمها البنوك مع عملائها لا تتضمن الكثير من الالتزامات التي تقع على عاتق البنك، فقد أدى ذلك إلى ظهور توجهات حاولت توسيع نطاق المسؤولية العقدية للبنك لتشمل هذه العمليات، لهذا لا بد من البحث في شروط المسؤولية العقدية في (المطلب الأول) لنحاول بعد ذلك من وضع حدود لمسؤولية البنك العقدية عن عمليات التحويل الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط قيام المسؤولية العقدية

لم يضع المشرع المغربي على غرار نظيره الأردني قواعد المسؤولية العقدية ضمن نظرية عامة تحكمها، وإنما جاءت هذه القواعد مشتتة ضمن نصوص القانون المدني، وبالإطلاع على مختلف هذه النصوص يمكن استنتاج أنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية شرطان، أولهما وجود رابطة عقدية تجمع بين الطرف المضرور والطرف المسؤول (الفقرة الأولى)، وثانيهما أن يكون الضرر الواقع للمضرور نتيجة إخلال المسؤول بأحد الالتزامات الواردة في العقد (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : وجود علاقة تعاقدية بين البنك والزبون

يفترض قيام المسؤولية العقدية للبنك في مواجهة عميله عن عمليات التحويل الإلكتروني إن يرتبط الطرفان بعقد صحيح يحدد التزامات كل منهما في مواجهة الآخر، وما يلاحظ أن العلاقة التي تجمع البنك بالعميل تمتاز عموما بكونها تقوم على مجموعة مختلفة من العقود المتعددة في ظل العلاقة الواحدة، وهي في معظمها ذات طبيعة خاصة ابتدعها العمل البنكي وطورتها عاداته تمتاز بسرعة نشأتها وانقضائها بحيث من يكون من الصعب الفصل بين مختلف تلك العقود في الكثير من الأحيان(2)، فالعلاقة بين البنك

(1)- أنظر في نفس المعنى :

- Bennani (A) : La responsabilité du banquier dans l'octroi du crédit aux entreprises en difficulté en droit marocaine, thèse pour doctorat en droit (mention droit privé), université de perpignan, 2001.P 13 et 14

(2)- أنظر في ذلك :

– عزيز العكيلي : شرح القانون التجاري، م، س، ص 292

والزبون غالبا لا تنبني على عقد واحد، بل على مجموعة من العقود تتداخل وتختلط إلى حد يصعب فيه معرفة أين يبدأ كل عقد منها وأين ينتهي.

والطريقة التي تنظم بها العلاقة بين البنك وعميله تتسم بالتعقيد من الناحية العملية، وهي تبدأ عادة في الوقت الذي يقوم به البنك بفتح حساب لعميله ليقوم هذا الأخير بإيداع مبالغ نقدية فيه، فيتولد في هذه الحالة عقدان، عقد فتح الحساب[1] وعقد الوديعة النقدية[2]، ما لم يكن فتح هذا الحساب مترتبا عن اعتماد منح للزبون، وعلى أي حال فإن فتح الحساب كما قلنا سابقا يمنح الزبون حقا في الاستفادة من بعض الخدمات التي يقدمها البنك للزبون بصفته وكيلا عنه في التحصيل والوفاء[3]، ومعظم هذه الخدمات لا تتطلب إبرام عقد خاص لتنظيمها، فتخضع للقواعد القانونية التي تنظمها وما جرى عليه العرف بخصوصها.

وبالإضافة إلى ذلك فإن سعي البنوك للاستفادة من التكنولوجيا الحديثة في خدمة عملائها أدى إلى إحداث تطور في الخدمات التي تقدمها على خزينة العميل، فظهرت وسائل التحويل البنكي الإلكتروني التي تهدف كغيرها من خدمات الخزينة إلى تمكين العميل من ممارسة حقه في استخلاص وتحريك الأموال المودعة لدى البنك بأسلوب جديد، لكن ذلك لا يعني أن العميل يمتلك الحق بشكل تلقائي في الاستفادة من هذه الخدمات الحديثة كما هو الشأن بالنسبة لخدمات الخزينة التقليدية، فحداثة استخدامها وضرورة

---

(1)- انظر بخصوص عقد فتح الحساب ما سبق وتناولناه في الفصل الأول من هذا الباب

(2)- نظم المشرع المغربي عقد إيداع النقود في المواد 509 و 510 من مدونة التجارة وعرفه في المادة 509 على أنه "...العقد الذي يودع بموجبه شخص نقودا، كيفما كانت وسيلة الإيداع..."، بينما نظمه المشرع الأردني في المادة 115 من القانون التجاري.

(3)- ويلاحظ أن معظم الفقه يذهب في تكييف الخدمات التي يقوم البنك بتقديمها على صندوق عميله باعتبارها تشكل وكالة يخول الزبون بمقتضاها البنك بإجراء عمليات الدفع والتحصيل لحسابه، أنظر على سبيل المثال :

- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 195
- علي البارودي ومحمد فريد العريني : القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000 ص 305
- عماد الشربيني : عمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 113
- محيي الدين إسماعيل علم الدين : موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، م، س، ص 230

وقد اعتبر القضاء أن البنك يكون وكيلا عن الزبون في هذه العمليات، فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث إن البنك بتسلمه الشيك في إطار التظهير التوكيلي بقصد استخلاص قيمته وإيداعها بالحساب الجاري يعد وكيلا لزبونه من جهة ويخضع لأحكام الوكالة ويعد مودعا لديه من جهة ثانية ويخضع لأحكام الوديعة"، وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية، " إن وضع الشك برسم التحصيل يجعل من البنك وكيلا ويفترض فيه القيام بما يفرض على الوكيل العادي..".

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/112 والصادر بتاريخ 2005/01/10 (غير منشور)
- تمييز حقوق رقم 1997/227 صادر بتاريخ 14- 4- 1997 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

إلا أن هناك من الفقه من يعارض هذا التكييف معتبرا أن هذه العمليات هي نوع خاص من الأعمال البنكية لا يمكن إخضاعها لأحكام الوكالة، أنظر في ذلك :

- محمد لفروجي : العقود البنكية، م ، س، ص 260

حماية المتعاملين بها أوجبت على البنك إبرام عقد مستقل مع العملاء ينظم حقوقهم وواجباتهم بخصوصها ، مما أدى إلى ظهور عقد جديد يضاف إلى جملة العقود السابقة بين البنك والعميل، الشيء الذي يجعلنا نتساءل عن الكيفية التي يجب فيها النظر إلى مجموع هذه العلاقات؟

من الملاحظ أن غالبية الدراسات الفقهية تذهب في سبيل تحديد نطاق كل عقد من العقود المبرمة بين البنك وعميله إلى تفكيك هذه العلاقة ودراسة كل عقد من العقود على حدة، فهذا الأمر يسهل دراسة جميع العقود المكونة للعلاقة من الناحية النظرية، بحيث يتم رد كل عقد إلى أصوله التشريعية وتكييفه بحسب طبيعته القانونية، لكن هذه الطريقة لا تفيد من الناحية العملية في معرفة الحدود الحقيقية لكل عقد من العقود المكونة للعلاقة بين البنك وعميله.

لهذا فقد ذهب توجه في الفقه[1] إلى أن عقد الحساب البنكي هو الذي يمثل العلاقة الرئيسية التي تجمع البنك بالعميل، فهذا العقد المركب يتضمن من الخصائص ما يجعله يستجيب بصورة كبيرة لجميع العمليات التي يتضمنها، وهو يخضع من حيث آثاره لأحكام العملية الجارية وفقا لمعيار الغاية النوعية للعقود، بمعنى أنه من غير الممكن النظر إلى كل عقد من العقود الناشئة بين البنك والعميل بشكل مستقل وإنما ينظر إليها على أساس وحدة تلك العلاقة وقيامها داخل إطار واحد هو الحساب البنكي، ولتمييز العملية يجب النظر إلى الأثر المترتب عنها بحيث يتم تكيفها وفقا للصفة الغالبة عليها.

ووفقا لذلك فإن إبرام عقد خاص بتقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني لا يجعل منه عقدا مستقلا بشكل تام عن بقية العمليات البنكية، وخصوصا عن الحساب البنكي الذي يعتبر أساس العلاقة التي تجمع البنك بالزبون، فعمليات التحويل تقع على الأموال الموجودة في هذا الحساب، وكل عملية تحويل يقوم البنك بالإشارة إليها كقيد فيه.

ولعل هذا الارتباط يظهر بوضوح أكثر بالنظر للأركان المتطلبة لقيام عقد تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني، فهذا العقد يشترط فيه ما يشترط لصحة كافة العقود من رضا وأهلية[2] ومحل وسبب، ولا شك أن ركن الأهلية على سبيل المثال يكون متطلبا

---

(1)- أنظر في ذلك :
- علي البارودي ومحمد فريد العريني : القانون التجاري، م، س، ص 304 وما بعد
- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في التشريع المغربي والمقارن، م، س ، ص 387و 527 و 677

(2)- الأهلية بصورة عامة هي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات وممارسة التصرفات القانونية، والأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء أو تصرف، وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لثبوت الإلتزامات له أو عليه وهي ملازمة للشخص من وقت ولادته حيا إلى حين وفاته بل وتبدأ قبل ذلك للجنين في حدود معينة، أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله دينا على وجه يعتد به قانونا، والأصل في الشخص هو كمال الأهلية أما النقصان والإنعدام فهو عارض يدخل ضمن باب الإستثناء، وقد حدد المشرع المغربي سن الأهلية في 18 سنة وذلك في المادة 209 من مدونة الأسرة، كما حددها لمشرع الأردني كذلك في 18 سنة وذلك في المادة 43 من القانون المدني، للتفصيل في الأهلية أنظر :

بداية عند قيام البنك بفتح الحساب، فالبنك قبل قيامه بفتح هذا الحساب يكون ملزما بالتأكد من هوية زبونه[1]، وما من داعي للبحث عن مدى أهليته عند إبرام عقد التحويل الإلكتروني، فوجود الحساب البنكي يعطي صاحبه الحق في التصرف في الأموال الموجودة فيه بغض النظر عن الوسيلة التي يستخدمها لذلك، والبنك يكون قد تأكد مسبقا من هوية الزبون ومدى صلاحيته للتصرف في تلك الأموال[2].

ومع احترامنا للرأي السابق فإن هذا الإرتباط الظاهر بين مختلف العقود لا ينفي إستقلاليتها عن بعضها البعض، فقيام البنك بتسجيل جميع عمليات التحويل البنكي الإلكتروني في الحساب يرجع لكون هذا الأخير الوسيلة المحاسبية التي تنظم علاقة الأطراف من حيث الآثار المترتبة عن مختلف العميلات، فهو أداة لتنظيم العلاقة لا أكثر، كما أن فتح الحساب لا يعطي للعميل الحق في الإستفادة من خدمات التحويل الإلكتروني بشكل تلقائي كما هو الشأن بالنسبة لخدمات الخزينة، إذ لا بد من إبرام خاص بها بالنظر لحداثة إستخدامها وطبيعتها الخاصة والمخاطر الناجمة عن استخدامها وهو ما أكدته مختلف التشريعات التي قامت بتنظيمها.

ووجود إطار تعاقدي خاص ينظم العلاقة بين البنك والعميل بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني يضع حدودا للمسؤولية المدنية الناتجة عن العمل به، وتتمثل هذه الحدود في الإخلال بالمقتضيات الواردة في العقد نفسه، فمسؤولية البنك تقوم عن تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني عن الإخلال بالإلتزامات الواردة في العقد المبرم في هذا الإطار ولا تتعداها إلى البحث في الإلتزامات الأخرى التي تتضمنها بقية العقود المبرمة بين البنك والزبون، على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة لخدمات الخزينة التي يقدمها البنك على حساب زبونه، والتي نظرا لعدم وجود عقود خاصة تنظمها يتم الإعتماد

– عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة فضالة المحمدية ،1995ص 82

– مأمون الكزبري: نظرية الإلتزام في ضوء قانون الإلتزامات والعقود، مصادر الإلتزامات، مطابع دار القلم بيروت ، 1979ص 135

– إدريس العلوي العبدلاوي : شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، 1996

(1)– قياسا على ما ورد في المادة 488 من مدونة التجارة المغربية التي جاء فيها " يجب على المؤسسة البنكية قبل فتح أي حساب التحقق: فيما يخص الأشخاص الطبيعيين: من موطن وهوية طالب فتح الحساب بناء على بيانات بطاقة التعريف الوطنية أو بطاقة التسجيل بالنسبة للأجانب المقيمين أو جواز السفر أو ما يقوم مقامه لإثبات الهوية بالنسبة للأجانب غير المقيمين..."، أنظر في ذلك :

– محمد لفروجي : العقود البنكية، م، س ، ص 36

– محمد جنكل : العمليات البنكية، م، س، ص 39

(2)– ذلك أن فتح الحساب وتشغيله يترتب عنه العديد من الآثار الهامة ولهذا فإن فتح الحساب يعد من أعمال الإدارة، أنظر في ذلك :

– محي الدين إسماعيل علم الدين : موسوعة البنوك من الناحيتين القانونية والعملية. م. س. ص 221

– محمد جنكل : العمليات البنكية،م، س، ص 39

بعض الحالات على الإلتزامات التي تتضمنها العقود الأخرى لتقرير مسؤولية البنك بصددها[1].

الفقرة الثانية : الإخلال بأحد الإلتزامات العقدية

بالإضافة إلى وجود عقد صحيح يتطلب قيام المسؤولية العقدية للبنك أن يقع الإخلال بأحد الالتزامات الواردة في هذا العقد من طرفه، وهذا الإخلال بالإضافة لكونه شرطا لقيام المسؤولية العقدية فإنه يمثل كذلك ركن الخطأ فيها، فالخطأ العقدي[2] يتمثل في عدم قيام الشخص بتنفيذ احد الالتزامات التي تقع على عاتقه بمقتضى العقد، ولخرق الإلتزام العقدي صور متعددة[3] ينبغي لتحديدها معرفة ما إذا كان الإلتزام الوارد في العقد إلتزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة.

وفي الإلتزام ببذل عناية يتعهد الشخص ببذل جهد معين في سبيل الوصول إلى الغاية المرجوة من العقد، ويكون الشخص مخطئا إذا لم يقم ببذل مقدار الجهد المتفق عليه، ويتم تحديد الخطأ بتحليل سلوك الملتزم ومقارنته وفقا للمعيار الموضوعي[4] بسلوك الشخص

(1)- وتقيم بعض المحاكم مسؤولية البنك عن خدمات الخزينة بناءا على إخلاله بالتزام يرتبه عقد وديعة النقود البنكية والذي مفاده التزام البنك برد الوديعة وقد جاء في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث إن الثابت في النازلة وكما سبق بيانه أن الأمر بالتحويل وكذا جميع الشيكات غير موقعة من طرف المستأنف عليه ولا من طرف وكيله، وبالتالي فان البنك يقع تحت طائلة مقتضيات المادة 510 المشار إليها أعلاه، وحيث انه من جهة أخرى فان مستخدمي البنك صرفوا قيمة الشيكات كما قاموا بتحويل مبلغ مالي دون التأكد من هوية الساحب والأمر بالتحويل وفقا لما تقضي به المادة 251 من مدونة التجارة، وحيث انه اعتبارا لذلك يضحى من البين أن البنك المستأنف قد خرق قواعد الوديعة ويكون بالتالي ملزما بان يرد للمستأنف عليه المبالغ التي سحبت من حسابه، وان المطالبة بإجراء خبرة في الموضوع لا تستند على أي أساس ويتعين ردها"، أنظر في ذلك :

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/1330 والصادر بتاريخ 2000/06/13 (غير منشور)
- عبد العالي العضراوي : المسؤولية المدنية للأبناك في ضوء أحكام وقرارات المحاكم، مطابع إمبريال، الدار البيضاء، 2003، ص 59
- أنس أبو العون : المسؤولية المدنية للأبناك تجاه الزبائن والغير، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جماعة محمد الأول، وجدة، السنة الدراسية 2009-2010 ص 128 وما بعد

(2)- لم يقم المشرع المغربي بتعريف الخطأ العقدي على غرار نظيره الأردني، وقد عرفه بعض الفقه على أنه " عدم تنفيذ المدين للإلتزامات الناتجة عن العقد" أنظر في تعريفات الخطأ العقدي :

- محمد حسين شامي : الخطأ العقدي في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ، ص 93

(3)- قد يكون هذا الإخلال ناتج عن عدم قيام البنك بتنفيذ إلتزامه بشكل كلي، وقد ينتج عن تنفيذ الإلتزام بشكل معيب أو التأخر في تنفيذه عن الوقت المحدد ، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يقع التمييز كذلك بين الإلتزام بعمل والإلتزام بالإمتناع عن عمل، فقد يكون الإخلال نتيجة قيام البنك بعمل التزم بالإمتناع عنه في العقد المبرم بينه وبين العميل، أو نتيجة إمتناعه عن عمل التزم بالقيام به في ذلك العقد، للإطلاع أكثر على هذه الموضوع يراجع :

- جلال أمهلول : مفهوم الخطأ العقدي، مقال منشور في مجلة المحاكم المغربية، عدد 99 سنة 2005 ص 26

(4)- يتم قياس سلوك الشخص عادة وفقا لمعيارين الأول شخصي والثاني موضوعي، والمعيار الشخصي يقوم على النظر إلى الشخص ذاته من خلال البحث في ظروفه الشخصية من ذكاء وفطنة ونشاط وغيرها، بينما المعيار الموضوعي لا ينظر فيه إلى الظروف الشخصية بل ينظر إلى الفعل الذي صدر عن الشخص وتتم مقارنة سلوك

المعتاد الذي يوضع في نفس الظروف ويمارس نفس الأعمال، ويكون عبء إثبات هذا الخطأ على عاتق الدائن بالالتزام[1] من خلال إثبات وجود تقصير من طرف المدين ببذله العناية المتفق عليها أو صدور إهمال منه في بذله هذه العناية، لذا فإن المسؤولية العقدية في هذه الحالة تقوم على أساس الخطأ واجب الإثبات[2].

أما في الإلتزام بتحقيق نتيجة فإن الشخص يكون ملتزما بالوصول إلى نتيجة معينة فيتحدد الخطأ بعدم تحقق النتيجة المرجوة من الإلتزام بغض النظر عن مقدار الجهد الذي بذله الشخص ودون الحاجة إلى النظر في سلوكه، فعدم تحقق النتيجة يجعل المدين مسؤولا تجاه الدائن، ويكفي من هذا الأخير في هذه الحالة القيام بإثبات وجود الإلتزام من خلال إثبات العقد لينتقل عبء إثبات تحقق النتيجة المرجوة منه إلى المدين.

لكن وصف عدم تنفيذ الإلتزام بنتيجة بأنه خطأ قد لا يكون صحيحا على المستوى اللغوي على الأقل، فمعنى الخطأ يستدعي البحث في سلوك المخطأ وفقا لمعيار الرجل المعتاد، فيكون قد أخطأ إذا انحرف عن السلوك المعتاد، والحقيقة أن عدم التنفيذ نفسه هو ما تقوم به مسؤولية المدين ولو لم يثبت خطأ بالمفهوم السابق، فالمدين لا يستطيع إثارة مسألة السلوك كأن يثبت أنه تصرف وفق السلوك المعتاد للتخلص من المسؤولية، والعلة في ذلك أن عدم تحقق النتيجة لا تتعلق بالسلوك، ولعل هذا الأمر ما دفع بعض الفقه[3] إلى القول بأننا والحالة هذه أمام نوع من المسؤولية الموضوعية.

ولا شك أنه من الصعب الأخذ بالتوجه السابق في الوقت الراهن، نظرا لأن هناك قناعة تامة بأن المسؤولية المدنية عموما[4]، عقدية كانت أم تقصيرية تقوم على أركانها

الشخص بسلوك الشخص العادي الذي يتم تجريده من ظروفه الشخصية أو كما يسمي الرجل المعتاد، وفي هذا الإطار يقول الأستاذ السنهوري أن الرجل المعتاد هو " الذي يمثل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء شديد الفطنة فيرتفع للذروة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض"

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 645

(1)- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م ، س، ص 541

(2)- فيما يرى البعض الآخر من الفقه أن الخطأ في الإلتزام ببذل عناية يكون خطئا مفترضا قابلا لإثبات العكس، بمعنى أنه يجب على المدين أن يقوم بنفي الخطأ من جانبه بمجرد قيام الدائن بإثبات وجود الإلتزام، أنظر في ذلك :

- مروان كساب : الخطأ العقدي، مطابع واكد، بدون مكان النشر، الطبعة الأول، 2000 ، ص 16

(3)- أنظر في ذلك :

- صبري محمد خاطر: فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية،دار الكتب القانونية ودار شتات، المحلة الكبرى، 2010 ص 66

(4)- فعلى سبيل المثال جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية "وحيث أن الالتزام المنوط بها هو التزام عقدي فإن الإخلال بهذا الالتزام يرتب مسؤولية عقدية بجانبها وفقا لأحكام المواد 2/199 و 1/202 و 358 و 363 من القانون المدني، وباستقصاء أركان هذه المسؤولية فهي :- الخطأ، والمقصود بذلك الخطأ العقدي،- الضرر، وعلاقة السببية، لكن طالما ثبت وجود الخطأ والضرر وفيما يخص علاقة السببية وفي نطاق المسؤولية العقدية فإن المفروض أن علاقة السببية فيما بين الخطأ والضرر قائمة فلا يكلف الدائن إثباتها بل أن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي".

الثلاث التقليدية، لهذا يرى توجه في الفقه[1] أن المسؤولية في إطار الإلتزام بتحقيق نتيجة تقوم على الخطأ المفترض، بل إن هناك من الفقه [2] من يرى أنه حتى في الإلتزام بتحقيق نتيجة فإنه يجب على المدين إثبات خطأ الدائن نظرا لقيام المسؤولية العقدية على أركان ثلاثة وهي الخطأ والضرر علاقة السببية، ولعل الإتجاه[3] الأحرى بالإتباع هو الذي يرى بأن عدم تحقق النتيجة هو بحد ذاته الخطأ العقدي، أي أن الخطأ ليس بمفترض وإنما ثابت بعدم تحقق النتيجة.

ومن خلال ما سبق يتضح أن طبيعة الالتزام تلعب دورا أساسيا في تحديد معيار الخطأ في إطار المسؤولية العقدية، فبينما نجد أنه في الإلتزام بتحقيق نتيجة يكفي عدم تنفيذ الإلتزام لقيام مسؤولية المدين، فإنه في الإلتزام ببذل عناية لا يكفي ذلك بل يجب البحث في سلوك المدين ومقدار العناية التي بذلها، وقد أنتقد بعض الفقه[4] هذه الازدواجية في معيار الخطأ وطالب بإعادة النظر فيها نظرا لأنها تؤدي إلى إقحام الخطأ بمفهومه التقصيري[5] داخل النطاق التعاقدي فيما يتعلق بالالتزام ببذل عناية، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية يرتبط بمقدار العناية التي يجب على الشخص اتخاذها لتجنب إحداث أضرار بالغير، لهذا فالخطأ في هذه الحالة ما هو إلا انحراف عن السلوك المعتاد، والخطأ في الإلتزام ببذل عناية يكون بذلك هو نفسه الخطأ في إطار المسؤولية التقصيرية على اعتبار أنه يجب تقدير سلوك المدين في الحالتين، وهو ما يجعل الخطأ في الإلتزام بتحقيق نتيجة وحده ما يعبر عن حقيقة ما يجب أن ينتج عن الإخلال بالالتزامات العقدية.

- قرار تمييز حقوق عدد 2005/1705 والصادر بتاريخ 11/05/2006 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)- أنظر في ذلك :
- فريد عقل : الإلتزام، نظرية الإلتزامات في القانون المدني السوري والفقه الإسلامي، جامعة دمشق، 1995، ص 239

(2)- أنظر في ذلك :
- عبد اللطيف مشبال : المسؤولية المدنية للأبناك والإجتهاد القضائي المغربي، منشور في مجلة المحاكم المغربية،ع71، سنة 1994 ص 8

(3)- أنظر في هذا الصدد :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 540
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية،م، س، ص 18
- عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة في القانونين اللبناني والمصري، دار النهضة، بيروت، 1974، ص 417

(4)- أنظر في ذلك :
- صبري محمد خاطر : فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية،م، س، ص 16

(5)- وقد عرف المشرع المغربي الخطأ في إطار المسؤولية التقصيرية في المادة 79 من قانون الإلتزامات والعقود والتي جاء فيها "... والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه وذلك من غير قصد لإحداث الضرر" ، بينما لم يقم المشرع الأردني بتعريفه، وسنقوم بالتعرض أكثر للخطأ في مفهومه التقصيري عند الحديث عن نطاق المسؤولية التقصيرية للبنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني وذلك في المبحث الثاني من هذا الفرع.

وفي سبيل حل الإشكال السابق يرى بعض الفقه[1] أن ما يميز الخطأ التقصيري عن الخطأ العقدي الناتج عن الإلتزام بذل عناية هو مدى الجسامة المتطلبة في كل منهما، فالخطأ في إطار المسؤولية التقصيرية يقوم بغض النظر عن مقدار جسامته أي حتى ولو كان يسيرا، أما الخطأ في إطار المسؤولية العقدية والناتج عن الإلتزام ببذل عناية فإنه يجب أن يكون على شيء من الجسامة، فلا تقوم المسؤولية إذا كان الخطأ بسيطا جدا.

وإذا ما أردنا تطبيق الأحكام السابقة على العقد الرابط بين البنك والزبون بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني للأموال نجد أن البنوك تحاول بداية الإستفادة من ازدواجية الخطأ في الميدان العقدي، فتعتبر معظم الالتزامات التي تقع على عاتقها التزامات ببذل عناية حتى تنقل عبء الإثبات إلى الزبون[2]، هذا إن وجدت تلك الالتزامات من الأصل فالبنوك لا تلزم نفسها بمقتضى العقود التي تبرمها مع العملاء إلا في الحدود الدنيا، ومعظم الشروط التي نجدها في العقود هي عبارة عن التزامات تقع على عاتق الزبون الذي يستحيل عليه في كثير من الحالات إثبات صدور أي تقصير من طرف البنك في بذله للجهد أو العناية المطلوبة منه، وإذا ما سايرنا المنطق السابق فلا يكفي أن يخل البنك بالتزاماته الناشئة عن العقد، بل يجب أن يكون هذا الإخلال على درجة من الجسامة.

والحقيقة أنه إذا كان الفقه[3] قد هجر فكرة تدرج الخطأ في إطار الالتزامات التعاقدية فلا يتطلب بذلك قدرا من الجسامة فيه بالنسبة للالتزام ببذل عناية نظرا لعدم وجود الأساس القانوني لذلك[4]، فإن ذلك لا يعني أن هذه النظرية أصبحت من الماضي بشكل كلي، فهي لا زالت تتخذ مكانة بارزة في بعض القوانين الحديثة خصوصا في الحالات التي يسعى فيها المشرع إلى جعل الطريق لإثبات أمر ما أسهل أو أصعب على أحد

---

(1)- أنظر في ذلك :
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، م ، س ، ص 19

(2)- فمثلا نصت الفقرة الحادية عشر من عقد تقديم الخدمات الإلكترونية لبنك الإسكان للتجارة والتمويل " يقر العميل باطلاعه وعلمه أن البنك قد بل العناية الفائقة في توفير سبل الأمن والحماية والتشفير الممكنة، والتي من شأنها حماية العملات المصرفية الواردة ضمن الخدمة الإلكترونية وخدمة الإسكان أون لاين".

(3) أنظر في ذلك :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م ، س ، ص 541

(4)- تجد نظرية تدرج الخطأ مصدرها في القانون الروماني وتقوم على أن ما يصدر عن الشخص من خطأ غير عمدي ينقسم إلى ثلاثة أنواع حسب خطورته، الخطأ الجسيم الذي لا يرتكبه إلا الشخص المهمل وهو يشابه العمد ويلحق به، والخطأ اليسير الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد، والخطأ التافه والذي لا يرتكبه الشخص الحريص، أي لا يمكن تحاشيه ببذل عناية فائقة، وقد بدأت هذه النظرية تفقد مكانتها بعد أن قام المشرع الفرنسي بنبذها من القانون المدني فلم ينص عليها وبذلك لم يفرق بين خطأ جسيم ويسير إذ جعل حكمها واحدا هو الإلتزام بتعويض الضرر بغض النظر عن درجة الخطأ، وبهذا أسدل الستار على نظرية تدرج الخطأ وحلت محلها نظرية وحدة الخطأ التي تقوم على معيار واحد هو معيار الرجل المعتاد، أنظر في ذلك :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص
- نوري حمد خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية، جامعة آل البيت، المجلد السابع، العدد الثالث، أكتوبر 2001، ص 49

المتعاقدين[1]، فكما سبق ورأينا أن المشرع الفرنسي اشترط في الإخلال الذي يصدر من الزبون في إطار التزامه بالحفاظ على أداة التحويل الخاصة به أن يكون جسيما حتى يستطيع البنك إعفاء نفسه من المسؤولية الناتجة عن القيود غير المشروعة نتيجة فقد أداة التحويل أو سرقتها[2].

وعلى أي حال فإنه إذا كان من السهل على العميل إثبات وجود العلاقة التعاقدية كأحد شروط قيام المسؤولية العقدية فإن التقيد بمضمون العقد واعتبار أن المسؤولية لا تقوم إلا عن الإخلال بالالتزامات الناتجة عنه، ومن ثم إلقاء عبء إثبات الخطأ على الزبون لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يوفر حماية لهذا الأخير في ظل تفوق البنك التقني واحتكاره وسائل الإثبات.

فتحديد نطاق الخطأ العقدي عن الإخلال بالالتزامات الواردة في العقد يثير إشكالا بخصوص مدى مسؤولية البنك التعاقدية عن الإلتزامات التي تجد مصدرها خارج هذا العقد، خصوصا إذا ما علمنا أن التنظيم التعاقدي للعلاقة بين البنك والعميل تقتصر على الحدود الدنيا، فتبقى بذلك الكثير من القواعد المطبقة على العلاقة بينهما محكومة بمقتضى الأعراف والعادات المستقرة في هذا الصدد، كالتزام البنك بضمان سلامة النظام الإلكتروني الذي يضعه، فالبنك لا يكون مسؤولا إلا عن الإخلال بالتزام عقدي حسب القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية، بينما يتحمل الزبون ما لا يمكن رده للعقد واعتباره من مضمونه.

وحتى بالنسبة للالتزامات التي تجد مصدرها في العقد فإن اختلاف القواعد المطبقة عليها تبعا لما إذا كانت إلتزامات ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة من شأنه أن يعطي للبنك الفرصة للتهرب من مسؤوليته عند إقامتها على الأساس التعاقدي، ففي الإلتزامات بتحقيق نتيجة على الرغم من أنه يكفي من الزبون إثبات العلاقة التعاقدية حتى يطلب من البنك إثبات تنفيذه لهذا الإلتزام، فإن هناك العديد من الحالات التي يكون في ظاهرها قيام البنك بتنفيذ التزامه لكن هذا التنفيذ في حقيقة الأمر لا يكن وفقا للشكل المتفق عليه أو يكون معيبا أو ناقصا، وهنا يكلف الزبون بإثبات أن البنك لم يقم بتنفيذ التزامه تنفيذا صحيحا، ومما لا شك فيه أن البنك يمكنه دائما سواء كان عدم تنفيذه لالتزامه كليا أو جزئيا أن يعفي نفسه من المسؤولية بإثبات وجود السبب الأجنبي.

(1)- فلا زال لمقدار جسامة الخطأ دور كبير في إطار المسؤولية المدنية فعلى سبيل المثال يعد جسامة الخطأ عنصرا مهما لتقدير التعويض الناتج عن قيام المسؤولية العقدية، فيلزم المدين الذي ارتكب خطئا جسيما بتعويض الضرر غير المتوقع إلى جانب المتوقع، كما أن شروط تحديد المسؤولية لا يعتد بها في حالة ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم، أنظر في بعض التطبيقات التشريعية والقضائية لفكرة الخطأ الجسيم :

– نوري حمد خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، م، س، ص 49

(2)- أنظر ما سبق وقلناه في هذا الإطار ص 110 وما بعد

ولعل من الصعب حتى التسليم بوجود حالات تمثل الإفتراض السابق لأن معظم التزامات البنك الواردة في العقد ليست إلا التزامات ببذل عناية وحسب، لهذا فإن الزبون هو المكلف من الأصل بإثبات عدم قيام البنك بالعناية المطلوبة منه وهو أمر يستحيل عليه القيام به، بل حتى لو اعتبرنا أن البنك هو المكلف بإثبات القيام ببذل العناية المطلوبة وعدم تكليف الزبون بهذا العبء، فإن البنك يملك من الوسائل ما يمكنه من إثبات قيامه بما يوجبه عليه العقد من مجرد بذل عناية الشخص المعتاد وبالتالي التهرب من المسؤولية.

والخلاصة من كل ما سبق أن تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية سيصعب على الزبون مهمته في إقامة مسؤولية البنك عن الأضرار التي قد تقع له نتيجة عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، الشيء الذي دفع ببعض الفقه إلى البحث عن وسيلة أخرى لإقامة مسؤولية البنك عن تلك العمليات، مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة عدم الخروج عن النطاق التعاقدي للعلاقة بين البنك والزبون، عن طريق التوسع في نطاق المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني

أساس المسؤولية العقدية للبنك عن عمليات التحويل الإلكتروني

ينحصر نطاق المسؤولية العقدية للبنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني في حدود معينة لا تتجاوزها، وذلك ضمن شرطين لا بد من توافرهما كما سبق وقلنا، وهما وجود عقد صحيح بين البنك والزبون، وأن يكون الضرر ناتجا عن الإخلال بالتزام عقدي، وعلى الرغم من تحديد المقصود بالالتزام العقدي بما يتضمنه العقد إلا أن البعض توسع في تفسير هذا الشرط وفهمه من خلال اعتبار البنك مسؤولا عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذ العقد كمسؤوليته عن فعله الشخصي (الفقرة الأولى)، بينما حاول البعض الآخر البحث عن أساس آخر لمسؤولية البنك في إطار الالتزامات التي يتضمنها العقد الرابط بين البنك والزبون بافتراض وجود التزام على عاتق البنك بضمان سلامة عملائه من الأضرار التي قد تقع لهم نتيجة استخدام النظام الإلكتروني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : المسؤولية العقدية عن فعل الشيء كأساس لمسؤولية البنك

يقوم البنك بتقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني من خلال قنوات إلكترونية متعددة، توضع عادة من طرفه رهن إشارة عملائه ليقوموا بإرسال رسائل المعلومات التي تتضمن أوامر التحويل للبنك الذي يمسك حساباتهم[1]، فالعقد الذي يربط بين البنك والزبون لا يتم تنفيذه من طرف البنك بشكل مباشر وإنما يستعين بأشياء يتم تنفيذه من

(1)- يراجع بخصوص الوسائل الإلكترونية المستخدمة لإجراء عمليات التحويل البنكي الإلكتروني ما سبق وتناولناه في أمر التحويل، ص 55 وما بعد

خلالها، وقد اعتبر بعض الفقه[1] انه في حالة عجز القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية عن توفير حماية للعملاء من الأضرار الواقعة لهم نتيجة استخدام النظام الإلكتروني فإنه يمكن الاعتماد على قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الشيء.

ويرى أصحاب هذا التوجه أن المسؤولية العقدية عن فعل الشيء تقوم في جميع الحالات التي يؤدي فيها استخدام النظام الإلكتروني إلى إيقاع ضرر بالزبون، وهي تقوم على نفس القواعد التي تقوم عليها المسؤولية التقصيرية عن حراسة الأشياء، فيشترط أن يكون الشيء المسبب للضرر تحت الحراسة الفعلية للبنك وأن يكون له دور إيجابي في إيقاع الضرر، وتبرير ذلك حسب أنصار هذا التوجه أن الشيء الذي يستخدمه البنك لتنفيذ العقد لا يعتبر أمرا خارجا عن نطاق العقد نفسه، وطالما أنه يقع تحت حراسته ورقابته فإنه يجب أن يكون مسؤولا عنه كمسؤوليته عن فعله الشخصي، وتقوم مسؤولية البنك في هذه الحالة دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من طرفه، فالتزامه بالحفاظ على ودائع الزبون هو التزام بتحقيق نتيجة، وما ذلك إلا تطبيقا للقواعد العامة وإلا تملص البنك المهمل من واجباته بذريعة وقوع خلل في الأجهزة أو عطل فيها[2].

لكن هناك من الفقه[3] من يعارض هذا التوجه على أساس أن الأشياء التي يستخدمها البنك في تقديمه لخدمات التحويل البنكي الإلكتروني لا تدخل في الالتزام ذاته، وهو يكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن الإخلال بالالتزامات الواردة في العقد والتي تعهد بتنفيذها أم إذا وقع الضرر بسبب الشيء فيسأل البنك مسؤولية تقصيرية عن فعل الشيء، لأن وصف مركز المتضرر إذا كان متعاقدا أم لا ليس له تأثير في طبيعة المسؤولية الناشئة عن الضرر الواقع بسبب الشيء.

---

(1)- أنظر في ذلك :
- حازم نعيم الصمادي : المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار الناجمة عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، رسالة لنيل الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2002 ص 64

(2)- يراجع :
- حازم نعيم الصمادي : المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، م، س، ص 66
- حسام الدين الأهواني : حماية أنشطة البنوك من مخاطر إستخدام الحاسبات الإلكترونية، مجلة إتحاد المصارف العربية، بيروت، 1999 ص 64

(3) يراجع على سبيل المثال :
- نوري حمد خاطر : مسؤولية المصرف عن إستخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، بين المسؤولية المدنية وفعل المباشرة والتسبب، دراسة نقدية في القانونين المدني الفرنسي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع، م، س، ص 1802
- فياض ملفي القضاة : مسؤولية البنوك عن إستخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، م، س، ص 925 وما بعد
- ضياء نعمان : المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاء الإلكتروني بالبطاقات البنكية، م، س، ص 138

وعلى أي حال فإن معرفة مدى إمكانية تطبيق فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الشيء على عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تقتضي البحث في شروطها قبل الحكم على مدى صلاحيتها من عدمه، فبداية تجدر الإشارة إلى عدم وجود نظرية عامة تحكم المسؤولية العقدية عن فعل الشيء فمعظم التشريعات لم تقم بتنظيمها[1]، كما أن غالبية الدراسات الفقهية تطرقت لها بشكل مقتضب دون الإشارة إلى ماهيتها أو طبيعة الشروط المتطلبة لتطبيقها، لهذا ففي ظل عدم وضوح هذا الفكرة يطرح التساؤل حول مصدر مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الشيء وحقيقته؟

للإجابة عن التساؤل السابق نشير إلى أن الفقه[2] قد أشار في دراسته للمسؤولية العقدية عن فعل الشيء أن قيامها ينحصر في الحالات التي لا يكون فيها عدم تنفيذ الالتزام راجع إلى فعل المدين الشخصي، وإنما نتيجة لفعل الشيء، وذلك يتحقق في حالتين، الأولى وهي التي يكون فيها الشيء محلا للعقد نفسه، ويمكن تصور أن يكون الشيء محلا للعقد في فرضيتين، فإما أن يكون المدين ملزما بتسليم الشيء محل العقد إلى الدائن فيحصل أن يُحدث هذا الشيء ضررا بالدائن، ولا يقصد هنا أن يكون في الشيء عيب خفي بحيث يكون دوره سلبيا في إحداث الضرر، بل لا بد أن يكون له دور إيجابي كانفجاره في الدائن مثلا، وإما أن يكون المدين ملزما برد الشيء محل العقد للدائن، كالمستأجر الذي يلتزم برد العين المؤجرة، فيتدخل شيء آخر في حراسة المدين – كمواد متفجرة – تدخلا إيجابيا فيتلف الشيء محل العقد، كما لو انفجرت تلك المواد، ويسأل هنا المدين عن فعل الشيء وهي المواد المتفجرة وليس العين المؤجرة[3].

---

(1)- يلاحظ في هذا الإطار أن البعض يرى بأنه يمكن إستنتاج قاعدة عامة للمسؤولية العقدية عن فعل الشيء بالاعتماد على بعض النصوص الخاصة في إطار عقد الإيجار في القانون الأردني وبالتحديد الفقرة الأولى من المادة 686 تنص على انه " يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الإنتفاع به أو تنقص منه نقصا فاحشا.."، وكذلك المادة 687 من نفس القانون والتي تنص على أنه " إذا ترتب على العيب حرمان المستأجر من الإنتفاع بالمأجور جاز له أن يطلب الفسخ أو انتقاص الأجرة مع ضمان ما يحصل له من ضرر "، ومن خلال هذه النصوص يرى هذا التوجه أن المشرع الأردني أخذ من حيث المبدأ بفكرة المسؤولية العقدية عن فعل الشيء، والحقيقة أنه لا يمكن الإعتماد على بعض النصوص التي تنظم علاقة معينة بذاتها واستنتاج مبدأ عاما، أنظر:

– حازم نعيم الصمادي : المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن استعمال الوسائل الإلكترونية في الأعمال المصرفية، م، س، ص 66

– عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر : شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، 2000 ص 321

(2)- أنظر في ذلك :

– عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 548

– عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الإلتزام، دار النهضة العربة، القاهرة، 1992 ص 353

– عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، م، س، ص 412

– أشرف جابر سيد : المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ص 5

(3)- يراجع على سبيل المثال :

– عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 548

أما الحالة الثانية التي تقوم فيها المسؤولية العقدية عن فعل الشيء وهي الحالة التي يكون فيها هذا الشيء مستخدما لتنفيذ العقد، وهنا يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استخدام شيء ما فيلحق الدائن ضرر بفعله، كالناقل الذي يستخدم وسيلة النقل، فإذا وقع حادث نشأ عنه ضرر للراكب قامت مسؤولية الناقل، إذ في هذه الحالة يكون مسؤولا عن سلامة الدائن، فيكون أساس المسؤولية هو وجود التزام بضمان السلامة على عاتق المدين في مواجهة المتعاقد الآخر.

وبخصوص القضاء فهو كذلك لم يقم بوضع قاعدة عامة للمسؤولية العقدية عن فعل الشيء، فمحكمة النقض الفرنسة على سبيل المثال ومن خلال الإطلاع على بعض القرارات الصادرة عنها في هذا الإطار يلاحظ أنها اعتمدت فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الشيء في إطار العقود التي تتضمن التزاما على عاتق المدين بضمان سلامة الدائن[1]، فالمدين الذي يلتزم عقديا بسلامة الدائن يكون مسؤولا عن الأضرار التي تقع بفعل الأشياء التي يستخدمها، بحيث أن أساس مسؤوليته في هذه الحالة ليس الإخلال الشخصي بالتزام عقدي وإنما وقوع هذا الإخلال بفعل شيء يستخدمه لتنفيذ التزامه العقدي بضمان السلامة، أما خارج هذا الإطار فإن محكمة النقض اقتصرت على الأخذ بفكرة المسؤولية العقدية عن فعل الشيء في بعض الحالات التي يكون فيها من الصعوبة بمكان رد الضرر إلى فعل المدين الشخصي[2] بحيث ساوت فيها بين المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي والمسؤولية العقدية الناتجة عن فعل الشيء[1].

- أشرف جابر سيد : المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، م، س، ص 5
- عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الإلتزام، م، س، ص 353
- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، م، س، ص 413

(1)- وقد تم التسليم بفكرة المسؤولية العقدية عن فعل الشيء عند الإخلال بالإلتزام بالسلامة في القرار الصادر بتاريخ 17 يناير 1995 والذي تتلخص وقائعه بإصابة أحد التلاميذ بمدرسة خاصة عند مزاولة بعض التمرينات على أحد الأجهزة الرياضية الذي تستخدمه المدرسة في أغراض التدريبات الحركية لتلاميذها، فأصيب الطفل في أحد عينيه إثر إنكسار الجهاز الذي كان مصنوعا من مادة بلاستيكية، وبعد أن قضت محكمة الموضوع باستبعاد مسؤولية المدرسة وإقامة مسؤولية الصانع وبائع التجزئة، نقضت محكمة النقض قرار محكمة الموضوع وأقامت مسؤولية المدرسة على أساس أن المؤسسة التعليمية تلتزم تعاقديا بضمان سلامة التلاميذ الذين يعهد بهم إليها، وتكون مسؤولة عن الأضرار التي تصيبهم ليس فقط بخطئها وإنما كذلك تلك التي تصيبهم بفعل الأشياء التي تخصص لتنفيذ التزامها العقدي، ويستنتج من هذا القرار أن المدين الذي يلتزم عقديا بسلامة الدائن يكون مسؤولا عن الأضرار التي تقع بفعل الأشياء التي يستخدمها، بمعنى أن أساس مسؤولية المدين هنا ليس الإخلال الشخصي بالتزام عقدي وإنما وقوع هذا الإخلال بفعل شيء يستخدمه لتنفيذ التزامه العقدي بضمان السلامة.

- Cass. Civ. 17 jan 1995. D 1995. p350
- أشار إليه أشرف جابر سيد : المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، م، س، ص 41

(2)- ففي القرار الصادر في الأول من يوليو 1997 إعتمدت محكمة النقض الفرنسية على فكرة الحراسة كوسيلة لتبرير المسؤولية العقدية للشخص الذي يقع الشيء المسبب للضرر تحت حراسته، وكان ذلك بمناسبة إمتناع أحد الأشخاص عن دفع رسوم استخدام المياه التي يلتزم بدفعها بحجة وجود تسرب في صنبور المياه كان من شأنه مضاعفة قيمة الرسوم التي يتعين عليه أداؤها، وقد أيدت محكمة النقض الحكم الذي قضى برفض منازعة المشترك في مقدار الرسوم المستحقة عليه، وذلك على أساس أن صنبور المياه موضوع الواقعة موجود في

والحقيقة أن الفقه الذي يرى بأنه يمكن إقامة مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الشيء لم يكن يسعى إلى إقامة المسؤولية على أساس الإخلال بالإلتزام بالسلامة، وإنما كان غرضه استعارة القواعد الخاصة بحراسة الأشياء من نطاق المسؤولية التقصيرية التي تعتبر النطاق الطبيعي لها، وإقحامها داخل نطاق المسؤولية العقدية[2]، للاستفادة بذلك من الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الشيئية سواء كان الخطأ المفترض أو تحمل التبعة[3]، سعيا منهم إلى إعفاء العميل الذي يتعامل مع البنك بالوسائل الإلكترونية من عبء إثبات خطأ البنك واستبعاد الخطأ بذلك كأساس لمسؤوليته.

ولا شك أن مثل هذا التوجه لا يمكن الإقرار بصحته على اعتبار أنه من غير الممكن الجمع بين قواعد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية[4]، فكما يقول الأستاذ السنهوري إنه " لا

مخزن المشترك الذي عليه بالتالي رقابة دقيقة من طرفه، ومن ثم فإن مسؤوليته تقوم إذا أفلتت من رقابته، وللتخلص من المسؤولية عليه أن يقيم الدليل على عكس ذلك.

-Cass. Civ. 1er jul 1997 D 1997 p 200

- أشرف جابر سيد : المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، م، س، ص 39

(1)- وقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الشيء في حكمها الصادر بتاريخ 27 فبراير 1979 وكان ذلك بمناسبة اندلاع حريق في عقار لم يزل بعد مقاول البناء في مرحلة إنهاء أعمال دهانه، ولما لم يتمكن الخبير من تحديد سبب الحريق دفع المقاول بعدم مسؤوليته، غير أن محكمة الموضوع قضت بمسؤوليته على أساس أن الجزء الذي نشب فيه الحريق كان مخصصا لتخزين أدوات الدهان الخاصة بالمقاول، حيث كان أحد عماله يعمل بمفرده أثناء نشوب الحريق، وأن الحريق قد بدأ في وقت ومكان العمل مما يقطع بوجود علاقة أكيدة بين العمل والحادث، وقد رفضت محكمة النقض الطعن المقام ضد هذا الحكم، وأيدته مقررة أن محكمة الموضوع قد أصابت حين لم تقلب عبء الإثبات- إذ اقتصر الأمر على إثبات الدائن لعقد المبرم بينه وبين المقاول- واستنتجت قيام مسؤولية المقاول، وما يمكن ملاحظته من هذا القرار أن المحكمة لم تتطلب إثبات عناصر الحراسة بالنسبة للمقاول، وإنما إعتمد على فكرة المسؤولية العقدية عن الشيء لإثبات علاقة المقاول بالحريق وحسب.

- Cass. Civ. 27 fevr 1979.Bull. Civ. 3. no 50

- أشار إليه أشرف جابر سيد : المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، م، س، ص 38

(2)- أنظر في ذلك :

- حازم نعيم الصمادي : المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن استعمال الوسائل الإلكترونية في الأعمال المصرفية، م، س، ص 66

(3)- سنقوم بالتطرق لأساس مسؤولية حارس الأشياء ضمن المبحث المخصص للمسؤولية التقصيرية عن عمليات التحويل.

(4)- وقد يقصد بالجمع بين المسؤوليتين أن يقوم الدائن بالمطالبة بالتعويض مرتين مرة على أساس المسؤولية العقدية ومرة على أساس التقصيرية، كما قد يقصد بالجمع أن يقوم المضرور برفع دعوى يجمع فيها بين بعض قواعد المسؤولية العقدية وأخرى من التقصيرية، وفي كلا الحالتين استقر الفقه على عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين، أنظر على سبيل المثال :

- أستاذنا إدريس الفاخوري : الخبرة وعدم الخبرة في المسؤولية المدنية، مقال منشور في مجلة المناظرة، عدد 4 يونيو 1999، ص 53

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 625

- أنور سلطان : مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة، عمان، 1987، ص 97 وما بعد

- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، م، س، ص 469 وما بعد

يجوز للشخص أن يجمع بين ما يقوم باختياره من خصائص كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية للحصول على تعويض، فكل من دعوى المسؤولية العقدية والتقصيرية خصائصها الخاصة، والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين، أما الدعوى التي يخلط فيها بين خصائص كلا الدعويين، فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية، بل هي دعوى ثالثة لا يعرفها القانون "[1]، فالمسؤولية عن الأضرار التي تنشأ نتيجة استعمال أشياء في تنفيذ العقد شأنها شأن المسؤولية عن الفعل الشخصي للمدين تحكمها قواعد واحدة، والمدين في العقد مسؤول عن تنفيذ التزامه مسؤولية عقدية سواء كان هذا راجعا إلى فعله الشخصي أو إلى فعل شيء في حراسته، فمسؤوليته متحققة في الحالتين وتطبق القواعد ذاتها في كل منهما، ويعتبر فعل الشيء كالفعل الشخصي للمتعاقد.

ومن خلال ما سبق يتضح أن المسؤولية العقدية عن الأشياء كالمسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي تقوم على الخطأ[2]، ففكرة المسؤولية العقدية عن فعل الشيء ما هي إلا وصف لكيفية قيام المسؤولية وليست تحديدا لطبيعتها أو أساسها، ونظرا لكون قواعد المسؤولية العقدية الشخصية هي التي يتم تطبيقها في هذه الحالة، فالقول بأن البنك يكون مسؤولا تجاه عميله مسؤولية عقدية عن فعل الشيء لا يضيف أي جديد بخصوص أساس المسؤولية أو طبيعتها، وهو ما دفع توجه في الفقه بالبحث عن أساس آخر للمسؤولية وذلك دون الخروج عن الإطار التعاقدي الذي يجمع البنك بعملائه.

الفقرة الثانية : إقامة مسؤولية البنك على أساس الالتزام بالسلامة

إن الرغبة في عدم الخروج عن النطاق العقدي لمسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال إضافة إلى عدم كفاية القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية في حماية العملاء من الأضرار الناشئة عن استخدام الأدوات الإلكترونية الحديثة في العمل البنكي، جعلت البعض يخرج عما تتضمنه العقود التي تقوم البنوك بإبرامها مع زبائنها، من خلال افتراض وجود التزام عقدي يفرض على البنك ضمان سلامة عميله.

وتقوم فكرة الالتزام بضمان السلامة على افتراض وجود شرط في نوع معين من العقود مؤداه التزام المدين بتنفيذ العقد المبرم بينه وبين الدائن دون إيقاع أضرار به، أي أنه يضمن سلامة الدائن أثناء تنفيذ العقد، وقد ابتدع القضاء فكرة الإلتزام بضمان السلامة

– حسن عكوش : المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 14 وما بعد

(1)– عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 625 و 626، وأنظر كذلك :

– محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، م س، ص470

– عبد القادر العرعاري : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الإلتزام،المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، دار الأمان، الرباط، 1998ص 29

(2)– عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، م، س، ص 549

بمناسبة تنفيذ عقد النقل في بداية الأمر[1]، ثم انتقل تطبيق هذا الإلتزام إلى مجموعة أخرى من العقود[2] التي تتوفر فيها شروط معينة بهدف تخفيف عبء الإثبات على المضرور حيث يقتصر الأمر على إثباته مصدر الإلتزام، لينتقل عبء الإثبات إلى المسئول الذي يجب عليه أن يثبت أنه أوفى بالتزامه العقدي بضمان السلامة.

وأوجد القضاء الإلتزام بالسلامة وأدخله ضمن النطاق العقدي بقصد تكملة العقد بإضافة التزام ثانوي إلى الالتزامات الرئيسية بين المتعاقدين، على الرغم من أن هذا الإلتزام يجد نطاقه الحقيقي ضمن قواعد المسؤولية التقصيرية، فهو يعبر عن الواجب العام المفروض على الكافة الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير، إلا أن القضاء لما كان وفيا لمبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية[3]، فقد اضطر إلى افتراض أن العقد يتضمن هذا الواجب العام حتى يمكن المضرور من الالتجاء إلى قواعد المسؤولية العقدية التي لا تلزمه إلا بإثبات وجود العقد الرابط بينه وبين المسؤول لجبر الضرر الحاصل له، لان هذا الضرر لم يكن نتيجة لإخلال المتعاقد الآخر بأحد الالتزامات الواردة في العقد، وهو ما أدى إلى توسيع نطاق المسؤولية العقدية على حساب التقصيرية[4].

---

(1)- وقد كان ذلك من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1911 والذي قضت فيه بأن عقد النقل ينطوي على التزام يفرض على الناقل القيام بتوصيل المسافر سليما معافى إلى وجهته، أنظر في هذا نص هذا القرار وتحليله:
- أشرف جابر سيد : المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، م، س، ص 55 وما بعد

(2)- وقد قام القضاء الفرنسي بتوسيع نطاق الإلتزام بالسلامة ليشمل العقود الشبيهة بعقد النقل، كالتنزه بالعربات المعلقة (التلفريك)، وعربات التزلج على الجليد، أو التنزه على الجياد، إلى جانب مختلف العقود التي تتوفر فيها شروط الإلتزام بالسلامة، ويلاحظ أن الإلتزام بالسلامة كان في بداية الأمر التزاما ببذل عناية ثم تطور ليصبح التزاما بتحقيق نتيجة، أنظر في ذلك :
- أشرف جابر سيد : المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، م، س، ص 55 وما بعد
- محمد علي عمران : الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية قضائية في كل من مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980 ص 143
- علي سيد حسن : الإلتزام بالسلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص 61

(3)- سنقوم ببحث مبدأ عدم جواز الخيرة والاستثناءات الواردة عليه في المطلب الأول من المبحث الموالي.

(4)- وقد تعرض مبدأ الإلتزام بضمان السلامة إلى العديد من الإنتقادات من بينها أنه يخلق تفرقة غير مبررة بين المضرور المتعاقد والمضرور غير المتعاقد، إذ بينما يستطيع الأول اللجوء لفكرة الإلتزام بالسلامة دون حاجة إلى إثبات خطأ المدين يكون الثاني مطالبا بإثبات هذا الخطأ نظرا لإعتماده على قواعد المسؤولية التقصيرية، على الرغم من أن الإخلال الذي وقع في الحالتين هو واحد وكذلك الضرر الذي نشأ عنه وأصاب المتعاقد هو نفسه الذي أصاب الغير، وقد أنكر البعض الآخر من الفقه فكرة الإلتزام بالسلامة بشكل مطلق على إعتبار أن من شأن الأخذ بها داخل النطاق العقدي أن يحدث خلطا بين حدود كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، لذلك فإن الأصل في الإلتزام بضمان السلامة أنه ذو طبيعة تقصيرية إذ سيؤدي الأخذ به في النطاق العقدي إلى منازعة المسؤولية التقصيرية في نطاقها الأصيل المتمثل في تعويض الأضرار الجسدية، وبالتالي الزيادة في تعقيد نظام المسؤولية المدنية، أنظر في الإنتقادات الموجهة إلى الإلتزام بضمان السلامة :
- أشرف جابر سيد: المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، م، س، ص 68 وما بعد
- محمد علي عمران : الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود،م، س، ص 198 وما بعد
- علي سيد حسن : الإلتزام بالسلامة في عقد البيع، م، س، ص 60 وما بعد

وقد أدت هذه الميزات الناتجة عن إفتراض وجود الإلتزام بالسلامة في العلاقة التي تجمع بين المسؤول والمضرور، والدور الذي يقوم به هذا الإلتزام في حماية الشخص المضرور بالبعض[1] إلى التساؤل حول مدى إمكانية الإعتماد عليه في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، فهل يضمن البنك سلامة الزبون في مثل هذه العمليات؟

إن الإجابة عن التساؤل السابق تقتضي البحث في شروط الالتزام بالسلامة للحكم على مدى صلاحيته باعتباره أساسا لمسؤولية البنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، فالفقه[2] درج على القول بوجود التزام عقدي بضمان السلامة في إطار نوع معين من العقود، لهذا فإن تطبيقه ينحصر في الحالة التي يستجمع فيها العقد – أي عقد – شروطا معينة.

وتتمثل هذه الشروط في وجود خطر يتهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين نتيجة لتنفيذ العقد[3]، ثم أن يكون أمر المحافظة على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين موكولا للآخر[4]، وأخيرا أن يكون الشخص الملتزم بضمان السلامة شخصا مهنيا، ويرى بعض

---

(1)- أنظر في ذلك :
- نوري حمد خاطر : مسؤولية المصرف عن إستخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، م، س، ص 1806
- نزيه المهدي : الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر، منشور في أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الثاني، م، س، ص 512
- شريف غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، م، س، ص 33
- عزة محمود أحمد خليل : مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 118
- ضياء علي نعمان : المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاء الإلكتروني بالبطاقات البنكية،م، س، ص 138
- Thunis (x): Responsabilité du banquier et automatisation des paiements, Op.Cit, P 354

(2)- أنظر في شروط الالتزام بالسلامة على سبيل المثال :
- محمد علي عمران : الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود،م، س، ص 143
- علي سيد حسن : الإلتزام بالسلامة في عقد البيع، م، س، ص 66
- عزة محمود أحمد خليل : مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، م، س، ص 119

(3)- وفي هذا الإطار يمكن التمييز بين طائفتين من العقود التي تنطوي على مخاطر تهدد السلامة الجسدية لأحد الأطراف وهي عقود الخدمات التي تكون فيها سلامة أحد المتعاقدين محل إعتبار كبير، سواء تم ذكر ذلك في العقد أم لم يتم، كعقود النقل وما يشابهها، أما الطائفة الثانية فهي العقود المتعلقة بالأموال والتي يقوم فيها أحد المتعاقدين بتسليم مال أو منتج قد يهدد السلامة الجسدية للمتعاقد الآخر، كعقد البيع على سبيل المثال، أنظر :
- أشرف جابر سيد : المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، م، س، ص 55 وما بعد

(4)- ويقصد بذلك أن يكون أحد المتعاقدين خاضعا للآخر، ولا يشترط في هذا الخضوع أن يكون كليا كما في علاقة الطبيب بالمريض، بل المقصود بالخضوع هنا أي نوع من أنواع الخضوع، سواء كان ذلك من الناحية الحركية، كعقد التدريب الرياضي والذي يكون فيه الشخص خاضعا في الحركات التي يؤديها لرقابة المدرب أو المعلم ويأتمر بأوامره، أو كان ذلك الخضوع من الناحية الفنية، كعقد النقل الذي يسلم بموجبه المسافر نفسه لأمين النقل دون أن يكون بإمكانه مراجعة مقتضيات الأمن اللازمة، أنظر :
- محمد علي عمران : الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود،م، س، ص 148
- علي سيد حسن : الإلتزام بالسلامة في عقد البيع، م، س، ص 70
- عزة محمود أحمد خليل : مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، م، س، ص 120

الفقه[1] أنه يمكن تحوير هذه الشروط لتتلاءم مع طبيعة العلاقة التي تجمع البنك بالعميل، ويمكن القول بالتالي أن سلامة عملاء البنوك المالية لا تقل أهمية عن سلامتهم الجسدية، فالنشاط البنكي يتضمن مخاطر مالية للعميل المتعاقد مع البنك، والبنك يعد مسؤولا عن وضع نظام إلكتروني جيد في مكنة العميل يضمن مستوى معقول من الأمان، فإذا أصيب العميل بضرر يكون البنك قد أخل بالتزامه بضمان السلامة مما يستوجب مسؤوليته التعاقدية.

ومع احترامنا للرأي السابق نرى عدم إمكانية الاعتماد على فكرة الالتزام بالسلامة كأساس لمسؤولية البنك عن الأضرار الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، فالإلتزام بالسلامة كما سبق وقلنا ما هو في حقيقته إلا إفتراض قانوني تم تكريسه في نوع معين من العقود، وهي تلك التي يتهدد فيها المتعاقد خطر ناتج عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، وقد افترض القضاء هذا الإلتزام لتيسير حصول المضرور على تعويض عادل دون حاجة إلى تكليفه بإثبات خطأ المتعاقد الآخر لصعوبة تحقق ذلك، ولا يمكن التوسع في هذا الإلتزام في غير العقود التي تشتمل على خطر يتهدد أحد المتعاقدين في جسده[2]، والعمليات البنكية لا يترتب عنها أي مخاطر جسدية بالنسبة للزبون، ولا يكون البنك مهيمنا على السلامة الجسدية للعميل، لأن العلاقة بين البنك والزبون تقوم على تقديم خدمات عن بعد ولا يكون البنك مسؤولا عن السلامة الجسدية للزبون، مما يقود إلى القول بعدم صلاحية هذا الأساس للتطبيق في حالة الأضرار الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.

لكن إذا كان البنك لا يلتزم بضمان سلامة العميل الجسدية فإنه يلتزم بوضع نظام إلكتروني سليم وأمن كما سبق وقلنا[3]، فغياب الرقابة من جانب الزبون على أنشطة البنك التي تتم بوسائل إلكترونية فرض وبقوة التزاما جديدا على البنوك وهو الالتزام بالأمان أو بضمان سلامة النظام الإلكتروني، فإذا قصر البنك و تراخى في التنفيذ أو أخطأ فيه وأصاب العميل ضرر ما نتيجة لذلك، فإن البنك لا يستطيع التخلص من مسؤوليته بإسناد الخطأ إلى النظام الإلكتروني لكونه هو المسؤول عنه، والتزام البنك هنا التزام بتحقيق نتيجة، لكن هذه النتيجة التي يضمنها البنك ليست هي عدم وقوع أضرار للعميل بشكل مطلق نتيجة استخدام النظام الإلكتروني، بل يضمن أن لا يكون الخلل في النظام الإلكتروني المستخدم أو أي قصور فيه هو السبب في تلك الأضرار، فالبنك يلتزم بسلامة

---

(1)- أنظر :
- شريف غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، م، س، ص 33
- Thunis (x): Responsabilité du banquier et automatisation des paiements, Op.Cit. p443

(2)- وفي نفس التوجه :
- عزة محمود أحمد خليل : مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، م، س، ص 123
- نزيه الصادق المهدي : الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر، م، س، ص 514

(3)- راجع ما سبق وتناولناه في التزامات البنك الناشئة عن استخدام النظام الإلكتروني في العمليات البنكية وذلك في المبحث الأول من الفرع الثاني من الفصل السابق.

النظام الإلكتروني الذي يستخدمه ويقوم هذا الالتزام على أساس حسن النية الذي يفترض أن ينفذ العقد الرابط بين البنك والزبون بناءا عليه.

فمبدأ حسن النية يفرض على البنك أن يكون أمينا مع الأشخاص الذين يتعاقدون معه للاستفادة من خدمات التحويل البنكي الإلكتروني، لأنهم وضعوا ثقتهم فيه وائتمنوه على أموالهم، ويجب عليه أن يكون حريصا بداية في اختيار تابعيه من أصحاب الخبرة والكفاءة في ميدان عملهم(1)، بالإضافة إلى مراعاة الإجراءات التي تكفل الرقابة عليهم، كما يوجب حسن النية على البنك أن يقوم بتوفير جميع وسائل الأمن والسلامة التقنية ومراجعة جميع أنظمة الحماية والشبكات والأجهزة التي يعتمد عليها في تقديمه لخدماته الإلكترونية بشكل دوري ضمن سياسة واضحة لتحسين أدائها وتحديثها باستمرار من خلال كادر فني مؤهل(2).

ومبدأ حسن النية هو مبدأ عام يحكم العقود كافة، سواء فيما يتعلق بمضمونها أو فيما يتعلق بكيفية تنفيذها، وهو يتعلق بكافة مراحل العقد إبتداءا من إنشائه وصولا إلى تنفيذه، وقد نصت معظم التشريعات على هذا المبدأ من بينها التشريع المغربي في الفصل 231 من ق.ل.ع(3)، وكذلك التشريع الأردني في المادة 202 من القانون المدني(4)، لهذا فإن الاعتماد على مبدأ حسن النية قد يكون صالحا لإقامة مسؤولية البنك عن الأضرار التي تحدث لزبونه نتيجة قصور النظام الإلكتروني أو حدوث أي خلل فيه.

---

(1)- عزة محمود أحمد خليل : مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، م، س، ص 164 وما بعد

(2)- ويلاحظ على سبيل المثال أن البنك المركزي الأردني أوجب على البنوك أن تتخذ بعض الإحتياطات من هذا القبيل عند ممارستها لأعمالها بشكل إلكتروني فقد جاء في المادة الثالثة من تعليمات ممارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكتروني " يلتزم البنك الذي يقوم بممارسة أي من أعماله بوسائل إلكترونية بما يلي: أ - توفير كادر فني مؤهل لتولي مهام إدارة وتنفيذ تلك الأعمال. ب- وضع التعليمات والمعايير والإجراءات اللازمة لتنظيم الأعمال المنفذة وإجراءات الأمن و الحماية المطلوبة، و تطبيقها ومتابعة تطويرها.ج- توفير الأنظمة التطبيقية اللازمة من أجهزة وبرمجيات وشبكات ربط، وأنظمة الحماية المناسبة لها مع وثائق تراخيصها وفحصها وتدقيقها. د- استيفاء المتطلبات الفنية اللازمة لتنفيذ هذه الأعمال، مثل تسجيل الموقع الإلكتروني، المصادقة الإلكترونية، التوثيق، التشفير وغيرها."

- أما المادة الرابعة من نفس التعليمات فقد نصت على أنه يجب على البنك " أ- مراجعة الأنظمة والمعدات والشبكات وأساليب الحماية والإجراءات المتبعة في تنفيذ العمليات بشكل دوري ضمن سياسة واضحة للتأكد من سلامتها وتحسين أدائها وتحديثها باستمرار من خلال كادر فني مؤهل. ب- تطوير خطط للطوارئ والتعافي توضح كافة الإجراءات والبدائل الممكنة ومراجعتها بشكل دوري "

(3)- والذي نص على أنه " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون، أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته. "

(4)- والتي نصت على أنه " 1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف."

ومع ذلك فإن هناك من الفقه(1) من يرى بعدم إمكانية الاعتماد على مبدأ حسن النية للتأسيس لمسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، على اعتبار أن الهدف من هذا المبدأ هو تفسير إرادة المتعاقدين بطريقة تتفق مع حسن النية وليس استحداث التزامات جديدة في ذمة المتعاقدين، ولا يمكن افتراض ضمان البنك لسلامة النظام الإلكتروني ما لم يقم بالتصريح بذلك بشكل مباشر في العقد الذي يبرمه مع عملائه.

ومع تقديرنا للرأي السابق فإن حسن النية هو مبدأ عام يشمل تفسير العقد وتنفيذه، فالتفسير يقوم به القاضي لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين بعد أن يقوم بتحديد نطاقه(2)، ثم يلزم الطرفين بتنفيذه طبقا لما اشتمل عليه – والمشتملات يعرفها القاضي عند تفسيره للعقد وتحديده لنطاقه – ويكون التنفيذ وفقا لمبدأ حسن النية، بمعنى أن على القاضي مراقبة مدى توخي طرفي العقد حسن النية عند تنفيذهم للعقد المبرم بينهما وذلك بعد أن يقوم بتفسيره وتحديد نطاقه(3)، لكن يثار التساؤل في هذا الصدد هل يكفي هذا المبدأ وحده لتوفير نظام قانوني محكم لحماية العميل المضرور من أحد العمليات البنكية الإلكترونية؟

لا شك أن الإجابة ستكون بالنفي، حيث إن هذا المبدأ وحده لا يكفي لحماية الزبون بشكل كامل من الأضرار التي قد تقع له نتيجة لاستخدام النظام الإلكتروني، فقد سبق وأشرنا إلى أنه يمكن الإعتماد عليه لتقرير مسؤولية البنك عن الأضرار التي تحدث نتيجة لخلل في النظام الإلكتروني، أما في غير هذه الحالة فإن هذا المبدأ يصبح عاجزا عن حماية العميل المتضرر، كما أن الإعتماد على هذا المبدأ لا يمنع البنك من التهرب من المسؤولية عن طريق إثبات أن الضرر الواقع للزبون لم يكن نتيجة خطأ أو قصور في النظام الإلكتروني الذي يستعمله، أو أن يدفع بالسبب الأجنبي إذ لم يتدخل هو سلبا أو إيجابا بإحداث الضرر للعميل، ويستطيع البنك دائما إثبات حسن نيته إذا قام بإخبار الزبون بوجود عطل أو خلل في النظام المستخدم، فيتحمل الزبون وحده تلك الأضرار.

(1)- أنظر في ذلك :
- نوري حمد خاطر : مسؤولية المصرف عن إستخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، م، س، ص 1807
- ضياء علي نعمان : المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاء الإلكتروني بالبطاقات البنكية،م، س، ص 140

(2)- وقد قامت التشريعات بوضع مجموعة من القواعد التي يجب على القاضي التقيد بها عند تفسيره للعقد، فعلى سبيل المثال إذا كانت عبارات العقد واضحة فإنه يمتنع البحث عن قصد صاحبها (الفصل 461 من ق.ل.ع والمادة 239 من القانون المدني الأردني)، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (الفصل 462 من ق.ل.ع والمادة 214 من القانون المدني الأردني)، والشك يفسر في مصلحة المدين (الفصل 472 من ق.ل.ع والمادة 240 من القانون المدني الأردني).

(3)- لمزيد من الإيضاح حول هذه النقطة يراجع :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 503 وما بعدها
- إدريس العلوي العبدلاوي : شرح القانون المدني، نظرية العقد، م، س، ص 593 وما بعد
- محمد عبد الظاهر حسين: الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ص 29 وما بعد

ونتيجة لذلك وجد بعض الفقه[1] أن ترك البنك يحتمي بقواعد المسؤولية العقدية بحجة أنه لم يرتكب أي إخلال في التزاماته العقدية في ظل الأضرار الناتجة عن استخدام النظام الإلكتروني، سوف يحمل الزبون أضرارا لم يكن سببا في حصولها، في حين أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتيح له إمكانية مساءلة البنك بشرط إثبات الحجة الكافية، ودون حاجة للجوء إلى افتراضات قانونية غير موجودة في حقيقة الأمر كالالتزام بالسلامة.

المبحث الثاني

مسؤولية البنك التقصيرية عن عمليات التحويل الإلكتروني

في إطار البحث عن الأساس القانوني الذي يمكن الاعتماد عليه لتوفير حماية كافية لعملاء البنوك من الأضرار التي تقع لهم نتيجة إجراء عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، وبعد أن تم التوصل لنتيجة مفادها عدم كفاية قواعد المسؤولية العقدية لتوفير هذه الحماية بشكل كامل، توجهت الأنظار إلى قواعد المسؤولية التقصيرية فيما لو كانت هذه القواعد تتضمن ما من شأنه أن يوفر حماية أكبر للعميل المضرور، وسنقوم من خلال هذا المبحث بدراسة تلك القواعد والإشكالات التي تطرح نتيجة لتطبيقها على أشخاص يرتبطون بعلاقة تعاقدية من خلال مطلبين، نتناول في (المطلب الأول) المسؤولية التقصيرية للبنك عن العمل الشخصي، وفي (المطلب الثاني) سنقوم ببحث حالات مسؤولية البنك التقصيرية عن فعل الغير وحراسة الأشياء.

المطلب الأول

المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

يثير تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على أشخاص تجمع بينهم رابطة تعاقدية العديد من الإشكالات القانونية، لكن قبل التطرق لهذه الإشكالات لا بد من تبيان القواعد التي تحكم المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي (الفقرة الأولى)، حتى نستطيع حصر حالات قيام المسؤولية التقصيرية للبنك المتعاقد مع عملائه (الفقرة الثانية)، مع محاولة تحديد مدى إمكانية تطبيقها على مسؤولية البنك الناتجة عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال.

---

(1)- أنظر في ذلك :
- شريف محمد غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود،م.س ص 55
- نوري حمد خاطر : مسؤولية المصرف عن إستخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، م، س، ص 1809
- ضياء علي نعمان : المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاء الإلكتروني بالبطاقات البنكية،م، س، ص 140
- حازم نعيم الصمادي : المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن استعمال الوسائل الإلكترونية في الأعمال المصرفية، م، س، ص 72
- حسام الدين الاهواني : حماية أنشطة البنوك من مخاطر إستخدام الحاسبات الإلكترونية، م، س، ص 65

الفقرة الأولى: القواعد الحاكمة لمسؤولية البنك التقصيرية تجاه عملائه

لقد سبق وقلنا أن المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالعقد بينما المسؤولية التقصيرية تقوم كجزاء لمخالفة التزام قانوني مفروض على الكافة والذي يقتضي عدم الإضرار بالغير، وبالتالي فإن لكلا نوعي المسؤولية المدنية نطاقه الذي يختص به، لكن في بعض الحالات قد يكون الضرر ناشئا عن إخلال بالتزام عقدي وقانوني في نفس الوقت، وهنا تثار إشكالية مدى إمكانية منح المضرور القدرة على الاختيار بين أحد نوعي المسؤولية (ثانيا)، لكن قبل التطرق لهذا الإشكال لا بد من إجمال القواعد العامة التي تحكم المسؤولية التقصيرية في التشريعين المغربي والأردني نظرا لاختلاف أحكامها في كلا التشريعين (أولا).

أولا : المسؤولية التقصيرية في التشريعين المغربي والأردني

نظم المشرع المغربي المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في الفصل 77 من قانون الإلتزامات والعقود[1] والذي تناول فيه الحالة التي يتعمد فيها الشخص القيام بالفعل المفضي إلى الضرر، وكذلك الفصل 78 من قانون الإلتزامات والعقود[2] والذي نظم حالة الخطأ غير العمدي، وبقراءة الفصول أعلاه يتضح أن المشرع المغربي اعتبر أن الشخص يكون مسؤولا عن أي فعل يصدر عنه ويحدث ضررا بالغير، وتقوم هذه المسؤولية على أساس الخطأ واجب الإثبات[3]، فالخطأ لا يفترض بل يكلف الدائن بإثباته هو وبقية الأركان الواجبة لقيام المسؤولية من ضرر وعلاقة سببية.

(1)- وينص هذا الفصل على أن " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. "

(2)- وينص هذا الفصل على أن " كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر..."

(3)- وقد عرف المشرع المغربي الخطأ في المادة 78 من ق.ل.ع على أنه "..ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"، والحقيقة أن المشرع المغربي من خلال تنظيمه للمسؤولية التقصيرية على الشكل السابق الإشارة إليه حاول جمع مختلف صور الخطأ وأشكاله ضمن الإطار القانوني للمسؤولية التقصيرية الشخصية، فتحدث عن الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، وكذلك الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي، إلا أن ما يلاحظ أن المشرع المغربي حصر مفهوم الخطأ عند تعريفه على الخطأ غير العمدي وحسب، مع أن حالة العمد تدخل كذلك في مفهوم الخطأ الذي يشكل الركن الأهم في المسؤولية التقصيرية في الأنظمة اللاتينية بشكل عام، ونجد أن الفقه يرى بأن بالرغم من إختلاف المصطلحات التي تعبر عن الفعل الذي يقيم المسؤولية التقصيرية سواء تم التعبير عنها بالعمد أو الإهمال أو التقصير فإن جميعها تنضوي تحت مفهوم الخطأ، لكن هناك من الفقه من يرى بأن الأثر الواضح لهذا التمييز هو اعتبار العمد أو قصد الإضرار من ملابسات وظروف الحال التي تسمح للقضاء بتقدير تعويض أكبر من حالات الخطأ العمدي عنه في حالات الخطأ غير العمدي، وللإطلاع أكثر على التعريفات التي وضعت للخطأ أنظر :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 643
- أحمد الخمليشي : المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، مكتبة المعارف، الرباط، 1982، ص 95
- سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية،دار الكتب القانونية، مصر، والمنشورات الحقوقية ببيروت، 1998 ص3 وما بعد

والخطأ في التشريع المغربي يتكون من ركنين، أحدهما مادي والآخر معنوي، والركن المادي للخطأ يتمثل في التعدي، ويقصد بالتعدي الإخلال بالتزام قانوني عام سواء كان هذا الالتزام محددا بنص أم لم يكن كذلك، كما يتمثل التعدي بالانحراف عن السلوك المعتاد(1)، ويتم قياس هذا الانحراف وفقا للمعيار الموضوعي بالمقارنة مع سلوك الرجل المعتاد كما في الإلتزام العقدي ببذل عناية، ذلك أن الإلتزام القانوني الذي يترتب عن الإخلال به قيام المسؤولية التقصيرية دائما ما يكون التزاما ببذل عناية(2).

أما الركن الثاني للخطأ فهو الركن المعنوي والذي يتمثل بالتمييز أو الإدراك، فالشخص غير المدرك لأفعاله لا يتصور صدور خطأ منه، فالتمييز هو مناط الخطأ لهذا فإنه مناط المسؤولية التقصيرية تقوم بقيامه وتنعدم بانعدامه(3).

أما بالنسبة للتشريع الأردني فقد نظم المسؤولية المدنية التقصيرية بشكل مختلف عما فعله نظيره المغربي، ولعل أول ما يمكن ملاحظته هو استعمال المشرع الأردني لمصطلح

- محمد حسين الشامي : ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، م، س، ص 90 وما بعد
- عبد الحكيم فودة : الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 15 وما بعد
- عاطف النقيب : النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، عويدات، بيروت، 1984، ص 113

(1)- والتعدي هو أحد الإصطلاحات التي يعبر بها عن الركن المادي للخطأ، إذ يعبر عنه في بعض الحالات بالإنحراف فقط، والتعدي يعني مجاوزة الشخص للحدود التي عليه التزامها في سلوكه، والتعدي باعتباره الركن المادي للخطأ يتشكل عند تجاوز حدود اليقظة والتبصر المفروضين قانونا فالمخطأ حتى يعد مخطئا يجب أن يتعدى أو يتجاوز تلك الحدود، أنظر في شرح ركن التعدي :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 644 وما بعد
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية، م، س، ص 10

(2)- ذلك أن الإلتزام الأصلي عند ممارسة السلوك يتمثل في بذل العناية اللازمة لعدم إلحاق الأضرار بالغير، والتوجهات الفقهية والقضائية غالبا ما تحدد مقدار هذه العناية بمقدار السلوك الذي يجب أن يصدر عن الرجل المعتاد، لكن يجب التنويه إلى ضرورة الأخذ بالمعيار التشريعي كذلك في عين الإعتبار، والقائم على مخالفة هذا السلوك للنصوص القانونية الصريحة حيث إن مخالفتها يمثل خروجا عن حدود العناية المطلوبة في السلوك حتى لا يترتب عليه الأضرار بالغير.

(3)- والتمييز في المسؤولية التقصيرية لا يكيف على أنه أهلية يجب توفرها، كالأهلية المطلوبة للتعاقد، وإنما التميز هو ركن الإدراك في الخطأ وبدونه لا يكون التعدي خطئا، لهذا فالصبي المميز يكون مسؤولا دون حاجة إلى بلوغه سن الرشد القانوني، وقد حددت مدونة الأسرة المغربية سن التمييز في 12 سنة في المادة 214 منها، فالصبي غير المميز والذي لم يتم الثانية عشرة لا تصح مسائلته في القانون المغربي، أما من بلغ تلك السن فيفترض تمييزه حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، وكذلك فإنه لا تجوز مسائلة المجنون والمعتوه عتهاكاملا لانعدام التمييز لديهم أما إذا كان هذا الجنون أو العته متقطعا فإن الشخص يكون مسؤولا إذا ثبت إرتكابه للفعل المفضي للضرر في حالة الوعي لديه، أما السفيه فإنه يكون مسؤولا نظرا لأنه يدرك ما يصدر عنه من أفعال، وكذلك الشخص الذي يفقد التمييز بإرادته كالذي يتعاطى المخدرات أو الخمر فإنه يكون مسؤولا عن أفعاله (المادة 217 من مدونة الأسرة).

وبالإضافة إلى ذلك فإنه من الثابت فقها أنه تجوز مسائلة الشخص المعنوي بالرغم من عدم إمكانية نسب التمييز إليه، فالتميز في هذه الحالة ينسب لتابعيه أو مسيريه، ولمزيد من الإطلاع يراجع :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 662 وما بعد

الضمان تارة[1]، والمسؤولية المدنية تارة أخرى[2] على الرغم من كونهما نظامان مختلفان تماما عن بعضهما البعض[3]، والحقيقة أن هذا الأمر يرجع إلى محاولة المشرع الأردني التوفيق بين قواعد القانون الوضعي وقواعد الشريعة لإسلامية داخل نظام قانوني واحد[4].

فقد أخذ المشرع الأردني متأثرا بالفقه الإسلامي بتعبير الفعل الضار أو الإضرار للتعبير عما ينضوي تحت نطاق المسؤولية التقصيرية، حيث نصت المادة 256 من القانون المدني على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بالضمان"، ولا شك أن عدم تطلب التمييز في محدث الضرر يؤكد إن المشرع الأردني قد أخذ بالاتجاه الموضوعي في هذا المجال والذي ينظر بمقتضاه إلى الفعل ذاته وليس إلى فاعله، وهو ما أدى ببعض الفقه[5] إلى القول بان المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني بنيت على النظرية الموضوعية فهي بذلك لا تقوم على الخطأ كأساس لها.

والحقيقة أن تحديد أساس المسؤولية التقصيرية في القانون الأردني لا يمكن أن يتم إلا بتحديد المقصود بالإضرار، فالإضرار عند الفقه هو التعدي ويقصد بالتعدي عدة معاني، فالتعدي بالمفهوم العام له هو الفعل الذي يتعدى على حقوق الغير[6]، وقد يقصد بالتعدي

---

(1)- أنظر المواد من 256 إلى 270 من القانون المدني الأردني

(2)- أنظر المادة 271 من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه " لا تحل المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية متى توفرت شرائطها ولا أثر للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسئولية المدنية وتقدير الضمان ."

(3)- فقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الضمان في المادة 416 بأنه "إعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات وقيمته إذا كان من القيميات "، بمعنى أن الضمان هو التزام بتعويض الغير، أما المسؤولية المدنية كما سبق وقلنا فهي التزام بتعويض الضرر الناتج عن الإخلال بالتزام في ذمة المسؤول، ومن هنا يظهر الفرق بين نظامي المسؤولية والضمان، فهذا الأخير يقصد به جبر الضرر وتقوم على التعدي ولا يشترط فيها أن يكون الضرر ناتج عن خطأ، أما المسؤولية المدنية فمناط قيامها الخطأ ، أنظر في التمييز بين الضمان والمسؤولية :

- أحمد محمد عطية محمد : نظرية التعدي كأساس لمسؤولية المدنية الحديثة، دراسة مقارنة في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007 ص 4 وما بعد

(4)- فالأردن باعتباره جزءا من الدولة العثمانية كان خاضعة قانونيا لمجلة الأحكام العدلية التي وضعت عام 1876 من طرف لجنة مكونة من فقهاء المسلمين بهدف توحيد إجتهادات القضاء ووضع حد لتحكمهم، وبعد استقلال الأردن عن الدولة العثمانية تم وضع القانون المدني الأردني لعام 1976 والذي إرتكز بشكل أساسي على قواعد مجلة الأحكام العدلية، بالإضافة إلى بعض التشريعات المستمدة من الشريعة الإسلامية، وبعض القوانين المدنية الحديثة كالقانون المدني المصري، أنظر في ذلك :

- فاطمة العوا :تأثير مجلة الأحكام العدلية على التقنينات العربية،أطروحة لنيل الدكتوراه،كلية الحقوق،جامعة الإسكندرية،1999،ص 73

(5)- أنظر على سبيل المثال :

- محمد وحيد الدين سوار : الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية، دار الثقافة، عمان،1996،ص133

- عبد العزيز اللصاصمة : المسؤولية المدنية التقصيرية، م.س، ص 54 وما بعد

- صالح أحمد اللهيبي : المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دار الثقافة، عمان، 2004 ص 53

- أسماء موسى أسعد أبوسرور : ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة لنيل الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح، نابلس ، فلسطين، 2006 ص 78 وما بعد

(6)- أنظر في هذا المفهوم :

كذلك مخالفة أمر الشارع[1]، وأخيرا قد يقصد بالتعدي مجاوزة الحدود التي يلزمها الرجل العادي في أفعاله[2].

ومن هنا يظهر الاختلاف الفقهي في تحديد أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني، فإذا ما اعتبرنا أن الإضرار يقصد به مجاوزة الحد الذي يلتزم به الرجل العادي فإن مفهوم الإضرار يقترب إن لم نقل يماثل مفهوم التعدي الذي يشكل الركن المادي للخطأ في القانون الوضعي وبالتالي يصبح قوام المسؤولية هو الخطأ وليس الضرر[3]، إلا أن مثل هذا القول لا يفسر عدم تطلب التمييز لمسائلة المتسبب بالضرر، فمقارنة سلوك هذا الأخير بالرجل المعتاد تتطلب ضرورة التمييز حتى يستطيع هذا الشخص تقدير أفعاله، فالتمييز كما سبق وقلنا هو قوام الخطأ فغير المميز لا يخطأ، لهذا فإننا نتفق مع الفقه[4] الذي يرى بأن الإضرار يقصد به التعدي على حقوق الغير ومخالفة

- مصطفى عبد القادر حليلو : عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري، رسالة لنيل ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، 1999 ص 33
- أحمد محمد عطية محمد : نظرية التعدي كأساس لمسؤولية المدنية الحديثة، م، س، ص 94

(1)- أنظر في هذا المفهوم :
- عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر : شرح القانون المدني، م، س، ص 377
- أسماء موسى أسعد أبوسرور : الخطأ في المسؤولية التقصيرية، م، س، ص 79

(2)- مصطفى أحمد الزرقا : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني، المدخل الفقهي العام، جامعة دمشق، 1963 ص 1040

(3)- وقد تبنت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني هذا المفهوم حيث جاء فيها " لفظ الإضرار هنا يغني عن سائر الكنى والنعوت في معرض التعبير كاصطلاح العمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو العمل الذي يحرمه القانون.....وغني عن البيان سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الإضرار..فثمة التزام يفرض على الكافة مضمونه عدم الإضرار بالغير، ومخالفة هذا النهي ينطوي عليها الإضرار ويقتضي هذا الإلتزام تبصرا في التصرف، يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص..."، كما أن محكمة التمييز الأردنية كذلك تبنت هذا المفهوم متطلبة توافر جميع عناصر المسؤولية التقصيرية للضمان عن الفعل الضار من خطأ وضرر وعلاقة سببية، في وقت من الأوقات حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عنها " وعليه فإذا لم تحدد البوليصة موعدا محددا لوصول البضاعة كما أنها سمحت للناقل بنقل البضاعة كليا أو جزئيا على الباخرة المسماة في البوليصة أو بواسطة باخرة أخرى دون إشعار الشاحن، يجعل من مطالبة المستوردة غير مستندة إلى أساس قانوني سليم، لان الأحكام العامة في التعويض المنصوص عليها في القانون المدني تقيم المسؤولية التقصيرية على الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما"
- قرار رقم 2001/1182، بتاريخ 11/07/2001، منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية
- أنظر كذلك حسن الفكهاني وعبد الباسط جميعي ومحمد سلام مدكور و عادل حتحوت :الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 1967/43 الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 2001 ص 1256

(4)- أنظر في ذلك هامش رقم (1) في الصفحة السابقة، والملاحظ أن محكمة التميز الأردنية قد أخذت في هذا التوجه كذلك في بعض القرارات الصادرة عنها، حيث جاء في أحد تلك القرارات " إذا تم رد الدعوى على اعتبار أن المسؤولية التقصيرية قائمة على خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ، فان هذا التأسيس مخالف لأحكام القانون المدني الأردني الذي أخذ بالنظرية الموضوعية للفعل الضار التي تقوم على افتراض الخطأ ويلزم لإثباتها توافر الضرر دون الخطأ. وفي ذلك نجد أن المادة 256 من القانون المدني تنص على أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر والإضرار يعني إحداث الضرر بفعل غير مشروع والعمل غير المشروع أو الاضرار هو ذو طبيعة موضوعية بحتة فهو لا يستند إلى أي عنصر كامن في إرادة الفاعل أو مستوى إدراكه وتمييزه ، ولذلك لا يشترط أن يتوافر لدى الفاعل قصد الإضرار، كما لا يشترط أن يكون

أمر الشارع، وبالتالي فإن المسؤولية التقصيرية في القانون الأردني تقوم على أساس موضوعي.

لكن تفسير الإضرار بالتعدي يثير خلطا كبيرا عند النظر إلى حالات الإضرار التي فصلها المشرع في المادة 257 من القانون المدني(1)، حيث اعتبر في هذه المادة أن الإضرار يكون إما بالمباشرة أو بالتسبب، والمباشرة والتسبب مصطلحان يعبران عن علاقة الفعل بالنتيجة، فيكون الإضرار بالمباشرة إذا أدى الفعل إلى الضرر مباشرة دون أن يتخلل الفعل والنتيجة ما يمكن إحالة الحكم إليه، وقد نصت المادة 257 صراحة عدم تطلب أي شرط تتعلق بالفعل أو الفاعل في هذه الحالة لقيام الضمان، حيث يعتبر المباشر ضامنا تعدى أو لم يتعدى وسواء تعمد أم لم يتعمد(2).

أما الإضرار بالتسبب فهو الحالة التي يكون فيها الضرر مترتبا عن نتائج الفعل لا عن الفعل ذاته، وفي هذه الحالة فإن علاقة السببية بين الفعل والنتيجة تكون ضعيفة مقارنة بالمباشرة، لهذا اشترط المشرع الأردني التعدي أو التعمد، وبالتالي فإن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا أو متعمدا، لكن ما المقصود بالتعدي في هذا الإطار؟

مرتكب الفعل الضار مميزاً مدركاً لأفعاله ونتائجها، فمناط التضمين هنا هو الضرر المترتب على فعل محظور في ذاته، وإلحاق الضرر بالغير بطريق المباشرة يعد فعلاً محظوراً لذاته تقوم به وحده مسؤولية الفاعل لأنه يمثل اعتداءً على حق الغير وماله المعصوم أما إلحاق الضرر بالغير بطريق التسبب فيلزم فيه توافر التعدي وهو يعني أن يضر المتسبب بحق الغير أو ملكه المعصوم وهو يرتكب سلوكاً منحرفاً لسلوك الرجل المعتاد متوسط الحرص في المجتمع دون النظر إلى ما إذا كان قاصداً الإضرار أم لا بل دون النظر إلى مدى إدراكه وتمييزه لأفعاله ونتائجها فالتعدي في القانون المدني الأردني يعد عملاً غير مشروع وعدم المشروعية فيه موضوعية تقاس بمعيار موضوعي لا علاقة له بإرادة الإنسان وداخله ففي المباشرة ينظر إلى الضرر وحده في حين ينظر في التسبب إلى الضرر وسلوك المتسبب في الضرر معاً."

- قرار رقم 2005/1488 والصادر بتاريخ 20/11/2005 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)- والتي نصت على أنه " 1- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب، 2- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر"

(2)- حسن الفكهاني وآخرون : الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، م، س، ص 1288

- أسماء موسى أسعد أبوسرور : الخطأ في المسؤولية التقصيرية، م، س، ص 84
- مصطفى عبد القادر حليلو : عناصر المسؤولية عن الفعل الضار، م، س، ص 56

وفي إتجاه مخالف يرى الأستاذ الزرقا أنه يشترط التعدي في فعل المباشر ذلك أن مجلة الأحكام العدلية باعتبارها مصدرا للقانون المدني الأردني لم تشترط التعمد بشكل صريح لكنها سكتت فيما يتعلق بالتعدي، وبالإضافة إلى ذلك فإنه لا بد للفعل أن يمثل التجاوز على حق الغير أو ملكه، ويرد البعض على هذا في أن مفهوم الإضرار يتضمن هذا المعنى وبالتالي فإنه لازم في الإضرار نفسه الذي يشكل المباشرة أحد صوره، وقد اعتنقت محكمة التمييز الأردنية هذا التوجه الأخير حيث جاء في قرار لها " إن الطعن بان كسر الماتور من جراء سقوطه من الرافعة أثناء عملية النقل لم يكن بنتيجة فعل من أفعال التعدي ولا يستوجب التعويض هو طعن لا يقوم على أساس لان الشركة الناقلة في هذه الحالة تكون مباشرة للضرر والأضرار بالمباشرة يوجب الضمان ولو لم يتوفر شرط التعدي أو التعمد لان الضمان لا شرط له في هذه الحالة عملا بأحكام المادة 257 من القانون المدني"، أنظر في ذلك :

- قرار محكمة التمييز رقم 1988/679 الصادر بتاريخ 12/11/1988، منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية
- مصطفى أحمد الزرقا : الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم ، دمشق، 1988 ص 79
- أسماء موسى أسعد أبوسرور : الخطأ في المسؤولية التقصيرية، م، س، ص 85

إذا ما قلنا أن التعدي المشترط لقيام مسؤولية المتسبب هو نفسه التعدي بمعنى الإضرار فإن ذلك يعني أنه لا تمايز مطلقا بين مسؤولية المباشر والمتسبب فكلاهما تقومان على تجاوز الحدود القانونية لحقوق الغير، لهذا فإن مفهوم التعدي هنا يتخذ معنى الخروج عن السلوك المألوف للرجل المعتاد والذي يماثل مفهوم الركن المادي للخطأ في فقه القانون الوضعي.

إذن يتضح وجود نوع من الازدواجية في أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني، فالمباشرة[1] علة مستقلة وسبب للضرر وهو ما ينسجم مع فكرة تأسيس الضمان على الضرر، فلا حاجة للبحث في السلوك ومدى انحرافه، أما في التسبب[2] فإن علاقة السببية تكون ضعيفة لهذا فإن المشرع لم يعفي المتسبب من المسؤولية وإنما أوجب البحث في سلوكه حتى لا يبقى الضرر دون جابر في مختلف الحالات دون أن يؤثر على ارتباط الفعل بالنتيجة[3]، لكن هل يمكن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي في القانونين المغربي والأردني العلاقة التي تجمع بين البنك والزبون؟

للإجابة عن هذا التساؤل فإنه يجب التطرق لمسألة الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وذلك حتى نستطيع تحديد الحالات التي يمكن فيها تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على العلاقة التعاقدية التي تجمع بين البنوك وعملائها.

ثانيا : الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

لا شك أن العلاقة التي تجمع بين البنك والزبون في إطار عمليات التحويل الإلكتروني للأموال يتم تنظيم مختلف جوانبها في إطار العقد الرابط بينهما، وصحيح أن المسؤولية التي تنشأ عن مخالفة أحد المقتضيات الواردة في العقد تكون مسؤولية عقدية، إلا أن ذلك لا ينفي إمكانية أن يتضمن الإخلال بالالتزام العقدي بين ثناياه شروط قيام المسؤولية التقصيرية، ومن جهة أخرى فإن دور إرادة الأطراف يقتصر على تنظيم العلاقة فيما بينهما بالشكل الذي لا يخالف أحكام القانون[4]، مما يعني بقاء جزء مهم من القواعد

(1)- نصت المادة 887 من مجلة الأحكام العدلية على أنه " الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر "

(2)- نصت المادة 888 من مجلة الأحكام العدلية على أنه " الإتلاف تسببا هو التسبب لتلف شيء، يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله متسبب، فعليه إن قطع حبل قنديل معلق هو سبب مفضي لسقوطه على الأرض وانكساره، فالذي قطع الحبل يكون أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا ".

(3)- وقد نصت المادة 258 من القانون المدني الأردني على أنه " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر "

(4)- وفي نفس المعنى :

- صباح بنقدور : الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004 ص 85 وما بعد

- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، م، س، ص 470 وما بعد

المنظمة للعلاقة بينهما ضمن اختصاص المشرع لا يمكن أن تطوله يد الأفراد بالتنظيم أو التعديل، الشيء يجعل قيام المسؤولية التقصيرية وارد الحدوث حتى ضمن إطار العلاقة التعاقدية[1].

وبناءا عليه قد يكون من مصلحة العميل التمسك بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بدلا من العقدية، نظرا لما تحققه له من مزايا إذا ما قورنت بالمسؤولية العقدية، من ذلك الزيادة في مبلغ التعويض الذي يمكن أن يستحقه، وبطلان شروط الإعفاء من المسؤولية[2]،هنا يثار التساؤل هل يحق للزبون اختيار طبيعة المسؤولية المراد إقامة دعواه عليها؟

قبل الإجابة عن التساؤل أعلاه لا بد من الإشارة إلى أن بعض الفقه[3] حاول إقامة مسؤولية البنك عن الأضرار التي تقع نتيجة أحد عمليات التحويل البنكي الإلكتروني على أساس المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي بالاعتماد على فكرة التسبب، حيث أشار إلى أن هذه الفكرة تبدو مناسبة لمسائلة البنك لأن التزامه في مواجهة الزبون فيه معنى العلة لضمان الضرر أي أن ارتباطه بعقد مع الزبون كان سببا في حصول الضرر لهذا الأخير، وبالتالي فإن تطبيق فكرة التسبب بالذات من شأنه أن يقلص الحالات التي يستطيع فيها البنك التهرب من المسؤولية ما دام أن البنك ملتزم بمواجهة الأفراد بالحفاظ على

- أستاذنا إدريس الفاخوري : الخيرة وعدم الخيرة في المسؤولية المدنية، مقال منشور في مجلة المناظرة، عدد 4 يونيو 1999 ص 57
- محمد لحلو : المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، مقال منشور في مجلة المحامي، عدد 9 سنة 1987 ص 11 وما بعد
- السيد عبد الوهاب عرفة : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض، المجلد الثاني، المسؤولية التقصيرية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، سنة 2008 ص 12

(1)- فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " وعليه يكون زعم المميز بأنه قام ببيع هذه الحصص من قطعة الأرض المذكورة بصفته وكيلاً عن مالكها وعدم استحقاق المميز ضدها للثمن المدفوع لهذه الحصص يخالف الثابت من البينة المقدمة وعليه تعتبر مسؤولية المميزة مسؤولية مزدوجة عقدية بالنسبة لإبطال عقد البيع التي توجب إعادة الحال إلى ما كان عليه وذلك بإلزام المميز بإعادة ثمن الحصص المباعة والبالغة ستون ألف دينار، ومسؤولية تقصيرية لارتكابه جرم الاحتيال والذي نتج عنه إلحاق الضرر بالمدعية (المميز ضدها) حيث تكبدت نتيجة فعل المميز بدفع مبالغ..."

- قرار تمييز حقوق رقم 2007/383 والصادر بتاريخ 03/06/2007 منشور بالموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- وللإطلاع أكثر على أوجه الإختلاف بين المسؤولية العقدية والتقصيرية يراجع :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 618 وما بعد
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، م، س، ص 466 وما بعد
- صباح بنقدور : الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، م، س، ص 97 وما بعد
- محمد لحلو : المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، م، س، ص 12 وما بعد
- أحمد شكري السباعي : الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وارتباطها بتطور القضاء المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والإقتصاد، العدد 13 و 14 سنة 1984 ص 53 وما بعد

(3)- نوري حمد خاطر : مسؤولية المصرف عن إستخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، م، س، ص 1826

أموالهم وأسرارهم، فهذا الالتزام فيه معنى العلة يسأل البنك بمقتضاه البنك إذا حصل أي ضرر للزبون نتيجة لاستخدامه النظام الرقمي.

ولا شك أن تأسيس مسؤولية البنك على قواعد المسؤولية التقصيرية- إذا ما تمكن الزبون من إثبات كافة عناصرها – يحقق له العديد من المزايا التي لا تتحقق له في ظل قواعد المسؤولية العقدية، لكن مدى إمكانية الاعتماد على قواعد المسؤولية التقصيرية داخل إطار العلاقة التعاقدية أو ما يسمى بالخيرة يعد من أكثر المسائل الخلافية التي تطرق لها الفقه في المسؤولية المدنية، وقد تعددت توجهاتهم في ذلك بين رافض لفكرة الخيرة[1] وبين مؤيد لها[2]، وعلى الرغم من أن القضاء في كل من المغرب[3] والأردن[4]

(1)- ويرى هذا التوجه في سياق تبرير موقفه أن المشرع قد فصل بين نوعي المسؤولية لما وضع نطاقا لكل منها فلكل نوع منها أحكامه المستقلة، فالملتزم بالعقد لم يكن كذلك قبل التعاقد، فلو فرض انه قبل إبرام العقد لم يقم به فلا تقوم مسؤوليته، لا مسؤولية عقدية لأن العقد لم يبرم ولا مسؤولية تقصيرية إذ لا خطأ في عدم قيامه بأمر لم يلتزم به، فالعقد لا يقوم إلا في الحدود التي ترتبها المسؤولية العقدية، ولا يمكن للدائن اللجوء لقواعد المسؤولية التقصيرية لأن الإلتزام هنا لا مصدر له غير العقد، أنظر في القائلين بهذا التوجه ومبرراتهم:

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص
- سليمان مرقس : المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مطبعة الجلاء، القاهرة، 1971، ص 63
- صباح بنقدور : الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، م، س، ص

(2)- ويرى أصحاب هذا التوجه بأنه يوجد نوع من التكامل بين نظامي المسؤولية المدنية، فالمسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام وهي تضمن بذلك حماية مصالح المضرور ضمن الحدود الدنيا، وليس هناك ما يمنع المضرور من إقامة دعواه على قواعد المسؤولية التقصيرية متى كانت مصلحته في ذلك بشرط أن تتوفر في الفعل الواحد شروط المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وبالإضافة إلى ذلك فإن إقرار مبدأ الخيرة فيه الحل العادل والملائم للكثير من القضايا الشائكة والمتناقضة في القضاء، أنظر في مبررا ت هذا التوجه والقائلين به :

- أستاذنا إدريس الفاخوري : الخيرة وعدم الخيرة في المسؤولية المدنية، م، س، ص 69
- محمد لحلو : المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، م، س، ص 32
- أحمد شكري السباعي : الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، م، س، ص 54
- أحمد ادريوش : مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، محاولة في تأصيل القضاء واجتهاد الفقه، منشورات جمعية التنمية للبحوث والدراسات القضائية، الرباط، 1988 ص 122

(3)- وقد جاء في احد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى " حيث يعيب الطاعنان على القرار خرقه الفصلين 345 و 359 من قانون المسطرة المدنية والفصلين 88 و 230 من قانون الإلتزامات والعقود بسب انعدام التعليل والسند القانوني وخرق القانون، ذلك أن محكمة الإستئناف إعتبرت أن الفصل 88 قابل للتطبيق في هذه النازلة مع أن الأمر يتعلق بروابط عقدية قائمة بين الطرفين، إن الفصل 88 لا ينطبق إلا على الأغيار الذين لا تربطهم بالطرف المدين علاقة عقدية... "

- قرار المجلس الأعلى عدد 96/2049 والصادر بتاريخ 2/1/1996 والمنشور بمجلة الإشعاع عدد 14 سنة 1996 ص 112

(4)- وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " يستفاد من نصوص المواد 256 و 266 و 267 و 270 من القانون المدني ، أنها تعالج الفعل الضار الناتج عن المسؤولية التقصيرية فهي تستظهر في عبارات موجزة وواضحة حكم المسؤولية عن الفعل الضار في عناصره الثلاث فرتبت التعويض عن كل إضرار الذي يستلزم الفعل أو عدم الفعل الذي ينشأ عنه الضرر فلا بد من توافر الفعل أو عدم الفعل والضرر وعلاقة سببية بينهما في حين أنّ وقائع هذه الدعوى تنطبق عليها أحكام المسؤولية العقدية وليست المسؤولية التقصيرية وعلى النحو الوارد في المواد الآنف ذكرها حيث أنّ العلاقة بين الطرفين هي علاقة تعاقدية مما نرى معه رد هذا السبب"

- قرار تمييز حقوق عدد 2005/139 والصادر بتاريخ 25/05/2005 والمنشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

يرفض منح المتعاقد الخيرة في اللجوء لقواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية، فعندما يكون الضرر ناتجا عن إخلال بالتزام عقدي يجب على العميل أن يرفع دعواه وفقا لقواعد المسؤولية العقدية وليس له اللجوء لقواعد المسؤولية التقصيرية، فإن مقتضيات العدالة تقتضي منح الشخص المضرور الخيرة بين نظامي المسؤولية لاختيار النظام الذي يضمن حصوله على تعويض للضرر الذي أصابه حتى لا يبقى هذا الضرر دون تعويض.

لكن على الرغم من غلبة مبدأ عدم الخيرة في الوقت الراهن[1] فإن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات والتي اتفق فيها أغلبية الفقه – حتى المعارضين لمبدأ الخيرة منهم– [2]على جواز منح الشخص المتعاقد إمكانية الاختيار بين نظامي المسؤولية، وتلك الحالات هي التي تقوم فيها المسؤولية التقصيرية للمتعاقد.

الفقرة الثانية : حالات قيام المسؤولية التقصيرية للبنك في مواجهة العميل

وفقا لمبدأ عدم الخيرة لا يحق للزبون الذي تربطه علاقة تعاقدية بالبنك أن يقيم دعواه على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، فوجود الرابطة العقدية يحتم عليه عند وقوع ضرر له نتيجة تنفيذ العقد أن يلجأ لقواعد المسؤولية العقدية لإقامة دعوى التعويض، إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يكون فيها الخطأ العقدي الصادر عن البنك يشكل في نفس الوقت مخالفة جزائية (أولا)، وكذلك الحالة التي ينتج فيها الخطأ عن غش من طرف البنك أو إخلال جسيم بالالتزامات الملقاة على عاتقه (ثانيا)، فعندها فقط يمكن للعميل اللجوء لقواعد المسؤولية التقصيرية.

---

(1)– وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " يستفاد من نصوص المواد 256 و266 و267 و270 من القانون المدني ، أنها تعالج الفعل الضار الناتج عن المسؤولية التقصيرية فهي تستظهر في عبارات واضحة حكم المسؤولية عن الفعل الضار في عناصره الثلاث فرتبت التعويض عن كل إضرار الذي يستلزم الفعل أو عدم الفعل الذي ينشأ عنه الضرر فلا بد من توافر الفعل أو عدم الفعل والضرر وعلاقة سببية بينهما في حين أنّ وقائع هذه الدعوى تنطبق عليها أحكام المسؤولية العقدية وليست المسؤولية التقصيرية وعلى النحو الوارد في المواد الآنف ذكرها حيث أنّ العلاقة بين الطرفين هي علاقة تعاقدية مما نرى معه رد هذا السبب"

– قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2005/139 والصادر بتاريخ 25/05/2005 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

وفي نفس الإطار جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث إن المحكمة بعد تقديم مقال الإدخال وهو حق من حقوق الناقل ومؤمنته ستستدعي المدخل وتناقش القضية على أساس أن هناك حادثة سير أدت إلى إصابة المستأنفة كمنقولة ويحكم بالفعل على الناقل ولكن يمكن أن يحل محله المتسبب في الحادثة إذا ثبتت مسؤوليته عنها في أداء التعويض المستحق لان الخطأ المرتكب في تنفيذ عقد يكون تعاقديا اتجاه المتعاقد الذي اضر به الخطأ وتقصيريا في مواجهة الاغيار الذي يتحملون مسؤولية نتائجه"

– قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2001/2082 والصادر بتاريخ 2001/10/16 (غير منشور)

(2)– أنظر في ذلك :

– عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص
– محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، م، س، ص 519
– أستاذنا إدريس الفاخوري : الخيرة وعدم الخيرة في المسؤولية المدنية، م، س، ص 69
– محمد لحلو : المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، م، س، ص 32
– أحمد شكري السباعي : الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، م، س، ص 54

أولا : الخيرة في المسؤولية في حالة الجريمة

قد يترتب على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد في بعض الحالات قيام المسؤولية الجنائية للمدين إذا ما ارتبط عدم التنفيذ هذا بارتكاب إحدى الجرائم، وفي هذه الحالة يثار التساؤل حول طبيعة المسؤولية المدنية التي تحكم هذا الخطأ المزدوج، فهل يمكن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية إلى جانب المسؤولية الجنائية التي تعاقب المسئول أم ينبغي الخروج عن النطاق العقدي والدخول في النطاق التقصيري، أم أن للمضرور الحرية في اختيار نظام المسؤولية الذي يراه مناسبا؟

يرى الفقه[1] بهذا الخصوص أن للدائن الحق في الخيار بين المسؤوليتين على اعتبار أن المشرع إذا كان قد وضع نظاما خاصا بالمسؤولية العقدية فلكونه اكتفى فيها بمجرد إخلال المدين بالتزامه الذي تعهد به مختارا سواء كان هذا الإخلال راجع إلى خطأه أم لا، وارتكاب الجريمة يعد خرقا لنطاق العلاقة العقدية وهو ما يترتب عنه عودته إلى النطاق الذي ينظمه القانون دون إرادة الأفراد، إلا أن القول بذلك لا يلزم الدائن بالاعتماد على قواعد المسؤولية التقصيرية بشكل تلقائي، وإنما يبقى له الخيار في تأسيس دعواه على نظام المسؤولية الذي يختاره[2].

والحقيقة أن كيفية اختيار نظام المسؤولية الذي تقام على أساسه الدعوى قد يكون مرتبطا بشكل مباشر في طبيعة المحكمة التي تنظر فيها[3]، فالمشرعين المغربي والأردني[4] منحا المضرور من جريمة الخيار في رفع دعواه المدنية إما بالتبعية للدعوى

(1)- أنظر في ذلك :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 630
- سليمان مرقس : المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، م، س، ص 65 وما بعد
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، م، س ، ص 550

(2)- ومن الفقه من يعارض منح المضرور الخيرة في حالة الإخلال العقدي المشكل لجريمة، باعتبار المسؤولية العقدية صورة خاصة من صور المسؤولية المدنية، وتشكل المسؤولية التقصيرية الصورة الرئيسية لها، لهذا فإنه في حالة وجود شروط المسؤولية العقدية فلا يجوز اللجوء لقواعد المسؤولية التقصيرية حتى لو كان الإخلال العقدي يشكل جريمة، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يجب قبول إستقلال الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية فوجود الجريمة في هذه الحالة لا يؤثر على طبيعة المسؤولية المدنية حيث أن مسؤولية المتعاقد لا تصبح تقصيرية بمجرد وجود جريمة فخيانة الأمانة مثلا في العلاقة بين المودع والمودع عنده خطأ عقدي يترتب عنه المسؤولية الجنائية، أنظر:
- جميل الشرقاوي : النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972 ص 435
- صباح بنقدور : الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، م، س، ص 136

(3)- وفي نفس المعنى :
- محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 ص 55
- صباح بنقدور : الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، م، س، ص 134

(4)- فقد نصت المادة 9 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على انه " يمكن إقامة الدعوى المدنية والدعوى العمومية في آن واحد أمام المحكمة الزجرية المحالة إليها الدعوى العمومية، تختص هذه المحكمة سواء كان المسؤول عن الضرر شخصا ذاتيا أو معنويا خاضعا للقانون المدني. كما تختص بالنظر في القضايا المنسوبة

الجنائية أمام القضاء الجزائي، وإما أمام القضاء المدني بشكل مستقل عن الدعوى الجنائية، فالخيار الذي منحه المشرع للمضرور في اختيار المحكمة يشكل خيارا في المسؤولية كذلك.

وتفسير ذلك أن المحكمة الجزائية لا تنظر في قضايا التعويض إلا بناءا على قواعد المسؤولية التقصيرية، وليس للمحكمة أن تخوض في العلاقة التعاقدية ولو أن المسؤولية نشأت في ظلها على أساس أن مثل تلك الدعاوي تخرج من الإطار التعاقدي لتدخل الإطار التقصيري الذي يفرض واجب عدم الإضرار بالغير(1)، فليس للقضاء الجنائي أن يبحث في المقتضيات التعاقدية بين الأطراف على الإخلال بالالتزام العقدي إنما يكتفي بالبحث عن الفعل الذي شكل المخالفة مصدر الضرر(2).

وقد قبل القضاء بدوره منح المضرور الخيرة في الحالة التي يكون الإخلال بالالتزام العقدي مشكلا في ذات الوقت جريمة، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف بالدار البيضاء " وجود عقد لا يكفي لأن يبعد تلقائيا القواعد المنظمة لشبه الجريمة أو الجريمة، بل إن هذه القواعد تتجاوز نطاق العقد وتغمره عندما يرتكب المدين المتعاقد خطأ يتصف بشبه الجريمة ..."(3).

لأشخاص القانون العام في حالة ما إذا كانت دعوى المسؤولية ناتجة عن ضرر تسببت فيه وسيلة من وسائل النقل"، كما نصت المادة 10 من نفس القانون على أنه " يمكن إقامة الدعوى المدنية، منفصلة عن الدعوى العمومية، لدى المحكمة المدنية المختصة، غير أنه يجب أن توقف المحكمة المدنية البت في هذه الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي في الدعوى العمومية ..."

- ظهير شريف رقم 1.02.255 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003

وقد نصت المادة 6 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على انه " 1- يجوز إقامة دعوى الحق الشخصي تبعاً لدعوى الحق العام أمام المرجع القضائي المقامة لديه هذه الدعوى كما تجوز إقامتها على حدة لدى القضاء المدني، وفي هذه الحال يتوقف النظر فيها إلى أن تفصل دعوى الحق العام بحكم مبرم.... "

- قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 9 لسنة 1961 والمعدل بمقتضى القانون رقم 16 لسنة 2001

(1)- ويرى البعض أن المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية المغربي والتي تنص على انه " يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جناية أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصيا لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة...." لا تعطي للمتضرر المرتبط مع خصمه بعقدة أن يتدخل في مسطرة جنحية رائجة ضده ولو كان هذا الخصم متابعا من أجل مثلا إلحاق جروح به. لأن حقوق المتضرر سوف لا تكون في الواقع مستمدة من الجنحة المرتكبة من طرف المتهم، بل من العلاقات التعاقدية القائمة بينهما. وبما أن اختصاص المحاكم الزجرية في إطار الدعوى المدنية يقتصر على الضرر الناجم مباشرة عن الجنحة أو المخالفة المتابع من أجلهما المتهم، فإنه لا يمكن التوسع في هذا الاختصاص وتمديده للميادين التعاقدية

- محمد لحلو : المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، م، س، ص 21

(2)- أنظر :

- سليمان مرقس : المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، م، س، ص 65
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 630

(3)- قرار صادر عن محكمة الإستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 13 يناير 1948

- أشار إليه أحمد شكري السباعي : الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ، م، س، ص 49

ويمكن أن يستنتج كذلك أن القضاء الأردني منح المضرور الخيار في هـذه الحالـة كذلك، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية ".. وعليه تعتبـر مـسؤولية المميزة مسؤولية مزدوجة عقدية بالنسبة لإبطال عقد البيع التي توجب إعادة الحال إلى ما كان عليه وذلك بإلزام المميز بإعادة ثمن الحصص المباعة والبالغة ستون ألـف دينـار، ومسؤولية تقصيرية لارتكابه جرم الاحتيال والذي نتج عنه إلحاق الضرر بالمدعية (المميز ضدها) حيث تكبدت نتيجة فعل المميز بدفع مبالغ..."[1]، وفي نفس التوجه ذهبت محكمـة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه "... ولا يجوز الأخذ بقواعد المسؤولية التقـصيرية إلا إذا أثبت أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه المتعاقـد الآخـر وأدى إلـى الإضرار يشكل جريمة.."[2].

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن مثل هذه الحالات نادرة الحدوث فيما يتعلق بعلاقة البنك بعملائه فمن غير الوارد أن يقوم البنك بالإخلال بالتزاماته العقدية على نحو يـشكل فـي ذات الوقت جريمة ليتم رفع دعوى المسؤولية الناتجة عنها بناءا على قواعد المـسؤولية التقصيرية التي تحكم العمل الشخصي، لأن من يمثله تجاه العملاء هم الأشخاص اللـذين يستخدمهم نظرا لكونه شخصا معنويا يستحيل عليه ممارسة أعماله بنفسه، وارتكاب أحـد هؤلاء المستخدمين لجريمة ما لا يقيم مسؤولية البنك الشخصية إلا في حالة ما إذا وقعـت تلك الجريمة أثناء تنفيذهم للتعليمات الصادرة عن البنك نفسه، ودون خروجهم عن حـدود وظيفتهم[3]، وفي غير تلك الحالة فإن مثل تلك الأفعال التي قد تصدر عن مستخدمي البنك تقيم مسؤولية البنك بناءا على قواعد المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير[4]، لكن قد يكون من المتصور أن تقوم المسؤولية التقصيرية الشخـصية للبنـك إذا مـا كـان الإخـلال بالالتزامات التي يتضمنها العقد ناتج عن تدليس أو خطأ جسيم.

---

(1)- قرار تمييز حقوق رقم 2007/383 والصادر بتاريخ 03/06/2007 منشور بالموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- نقض رقم 1923 للسنة 55 ولصادر بتاريخ 28/6/1993 منشور في موسوعة أحكام النقض الإلكترونية

- أما بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية فإن الغرفة الجنائية تذهب إلى أن القضاء الجنائي لا يمكنه النظر في الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجنائية إلا بناءا على قواعد المسؤولية التقصيرية وقد إعتمدت على أن الخطأ التقصيري وحده هو الذي يدعم قبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي، مما يعني أنه للإعتماد على قواعد المـسؤولية العقدية فإنه يجب رفع الدعوى أمام القضاء المدني الذي سيوقف النظر فيها إلى حين البت في القضية من الناحية الجزائية وفقا لمبدأ تبعية المدني للجنائي، أنظر في ذلك :
- محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، م، س، ص52

(3)- ولا شك أن مثل هذه الحالات نادرة الوقوع، فلا يمكن تصور قيام البنك بإصدار تعليمات لموظفيـه ليقومـوا لارتكاب جرائم في حق عملائه ، فالبنك كشخص مهني يأخذ عند ممارسته لنشاطه بعين الإعتبار المحافظة على سمعته والثقة التي يوليها له الجمهور، وللتوسع بخصوص حالات قيام مسؤولية البنك الجنائية أنظر :
- غادة عماد الشربيني : المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
- يوسف وهابي : المسؤولية الجنائية لأشخاص المعنوية، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 150 السنة 32 ص 107 وما بعد

(4)- سنتناول مسؤولية البنك التقصيرية عن فعل الغير في المطلب الثاني من هذا المبحث.

ثانيا : الخيرة في المسؤولية في حالة التدليس والخطأ الجسيم

يعد ارتكاب البنك للتدليس (الغش) أو للخطأ الجسيم أثناء تنفيذه للعقد الذي يربطه مع العميل خرقا لنطاق هذا العقد، ورجوعا إلى الدائرة التي ينظمها القانون مما يبرر معاملته بشكل أشد مما يعامل به المدين العادي، فيمكن للدائن اللجوء لقواعد المسؤولية التقصيرية ليستفيد من مزاياها المتمثلة في حصوله على تعويض أكبر مما يمكن أن يحصل عليه في ظل اعتماده على قواعد المسؤولية العقدية على سبيل المثال، ولهذا فإن الفقه[1] يرى بأن حالات الغش والخطأ الجسيم تعتبر من أهم الاستثناءات على مبدأ عدم الخيرة.

وإذا كانت التشريعات قامت بمساواة الغش أو التدليس بالخطأ الجسيم[2] فإن ذلك لا يعني تماثل مفهوم كل منها، بل إن هذه المساواة من حيث الأثر القانوني المترتب عنها لما ينجم عن كلاهما من خطورة على المراكز القانونية لدرجة تقترب من الخطأ العمدي، فالغش أو التدليس يمثل الحالة التي يستخدم فيها أحد المتعاقدين وسائل احتيالية بقصد الإضرار بالطرف الآخر[3]، فمرتكب التدليس يغلف مخالفته لشروط العقد بالمكر والخديعة

(1)- أنظر في ذلك :
- محمد لحلو : المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، م، س، ص 22
- محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، م، س، ص 67 وما بعد
بينما هناك من الفقه من يعارض منح الدائن الخيرة في حالة إرتكاب المدين للغش أو للخطأ الجسيم على إعتبار أن غاية التشريعات من وضع قواعد خاصة لمعاقبة الشخص المرتكب لخطأ الجسيم هو تشديد مسؤوليته وليس إخراجها من ضمن قواعد المسؤولية العقدية، وبالتالي فإن تطبيق بعض القواعد المشددة على المدين في هذه الحالة وعدم تطبيق بعض القواعد العقدية مثل التحديد الإتفاقي للمسؤولية يمكن تفسيره في أن العدل يقتضي أن يتحمل المدين سيء النية تعويضا عاما عن الضرر الذي تسبب بإحداثه بغشه أو بخطئه الجسيم، في حين ينبغي أن يستفيد المدين حسن النية من تسامح المشرع، أنظر في ذلك :
- سليمان مرقس : المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، م، س، ص 64
- صباح بنقدور : الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، م، س، 140 ما بعد

(2)- انظر على سبيل المثال الفصل 232 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي الذي ينص على أنه " لا يجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم أو تدليسه"، والتي تقابلها المادة 358 من القانون المدني الأردني والتي نصت في فقرتها الثانية على أنه " وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

(3)- والتدليس أو الغش أو التغرير كما سماه المشرع الأردني يجد مجالا واسعا في القوانين المدنية، فبالإضافة إلى كونه من مبررات تشديد مسؤولية المدين في مرحلة تنفيذ العقد فهو يعتبر كذلك أحد المبررات التي يمكن للدائن الإعتماد عليها لطلب إبطال العقد باعتباره من عيوب الرضا (أنظر الفصول 52 و 53 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي والمواد 143 إلى 150 من القانون المدني الأردني) ، وفي هذه الحالة الأخيرة فإنه يثير كذلك إشكالا بمدى إمكانية تطبيق مبدأ الخيرة، فيرى الفقه بهذا الخصوص أن المتعاقد إذا فضل الإبقاء على العقد وطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة للتدليس فإنه يعتمد في دعواه على قواعد المسؤولية العقدية لا التقصيرية إلا أن مسؤوليته تلك تكون مشددة، أما إذا تم إبطال العقد فإن دعواه تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية، بينما يعارض توجه آخر في الفقه هذا الرأي على إعتبار انه حتى لو فضل المتعاقد الإبقاء على العقد المشوب بالتدليس الحاصل عند إبرامه فإن هذا التدليس يكون بحد ذاته خطئا موجب لمسؤولية مرتكبه باستقلال عن دعوى إبطال التصرف ذاته، وللمضرور الحق في رفع الدعوى التقصيرية بالتعويض حتى لو امتنع عن رفع دعوى الإبطال، فالتدليس يولد الحق في دعويين مستقلتين، دعوى عقدية بإبطال العقد وأخرى تقصيرية بالتعويض دون إثارة مسألة الإبطال، وقد تبنى قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه الأخير

فيحمل الدائن على قبول التنفيذ المعيب له دون أن تكون له فرصة لاكتشاف المخالفة، أما الخطأ الجسيم فهو يقوم علي نوع من عدم الاكتراث والاستهتار بالحقوق دون النظر إلى الضرر المحتمل جراء ذلك[1].

وعلى أي حال فقد لا يكون متصورا في إطار علاقة البنك بالزبون استخدام البنك لوسائل إحتيالية أثناء تنفيذه للعقد، ما عدا الحالات التي تكون فيها تلك الأفعال صادرة من طرف متبوعي البنك في الأحوال العادية لممارسة أعمالهم ودون خروجهم عن نطاق وظيفتهم[2]، وعلى خلاف ذلك قد يتصور حدوث إخلال من طرف البنك بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد الرابط بينه وبين الزبون في عمليات التحويل البنكي الإلكتروني مشكلا في نفس الوقت ما يعتبر بمثابة الخطأ الجسيم، كعدم وضع وسائل الحماية الكافية أو عدم حفاظه على البيانات والمعلومات المتعلقة بأداة التحويل الخاصة بالزبون بشكل يؤدي إلى كشفها للغير.

وقد أكد القضاء على أن قواعد المسؤولية التقصيرية هي التي تكون واجبة التطبيق وتحل محل العقدية في حالة ارتكاب أحد المتعاقدين لغش أو لخطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد، وهو ما يمثل خروجا عن مبدأ عدم جواز الخيرة، وإن اقتصر هذا الخروج على إحلال بعض قواعد المسؤولية التقصيرية محل العقدية، فقد جاء في احد القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء "...وحيث إن إصدار قرار المنع من إصدار شيكات دون التأكد من نموذج التوقيع ومن رقم الحساب يشكل خطأ جسيما في حق الطاعن، وحيث إن قرار المنع الذي استمر حوالي سنة من جهة وجر المستأنف عليه إلى التقاضي من جهة ثانية من شانه أن يحلق به ضررا ماديا ومعنويا يستحق بالتالي عنه تعويضا.."[3].

كما جاء كذلك في أحد القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية "... جرى الاجتهاد القضائي على أنه إذا كانت العلاقة بين طرفي الدعوى هي علاقة تعاقدية وحدد العقد العلاقة بين الطرفين وبيّن التزامات وحقوق كل طرف تجاه الآخر فإن ما يكون قد

معترفا بحق المضرور في الإختيار بين قواعد المسؤولية التقصيرية للتعويض وبين الأحكام المتعلقة ببطلان العقود، أنظر :

- Cass.Civ 4 fevr 1975 .Dalloz 1975 p 405

– أشار إليه محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، م، س، ص 70

(1)– انظر في تعريف الخطأ الجسيم وفي علاقته بالتدليس:

– نوري حمد خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، م، س، ص 50 وما بعد

– محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، م، س، ص 67 وما بعد

– صباح بنقدور : الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، م، س، 138 ما بعد

(2)– وسنقوم بالتمييز بين الحالات التي يسأل فيها البنك مسؤولية تقصيرية شخصية والحالات التي يسأل فيها بصفته متبوعا في المطلب الموال

(3)– قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2004/653 والصادر بتاريخ 2004/03/01 (غير منشور)

لحق المدعية من ضرر يكون مصدره العقد وليس الفعل الضار وتحدد المواد من 360-364 من القانون المدني الواجبة التطبيق على وقائع الدعوى، وحيث يستفاد من أحكام المادة 363 من القانون ذاته أنه لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه كما ذهب إلى أنه في الالتزام الذي مصدره العقد لا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي يمكنه عادة توقعه وقت التعاقد، وان أساس المسؤولية للمطالبة بالتعويض هو المسؤولية العقدية وليس المسؤولية التقصيرية التي مصدرها الفعل الضار.."[1].

ومن خلال كل ما سبق يمكننا استنتاج عدم كفاية قواعد المسؤولية التقصيرية الشخصية كأساس لمسؤولية البنك عن الأضرار التي تصيب العملاء نتيجة لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني، ذلك أن مثل هذه المحاولات ستصطدم بمبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين والذي لا يزال القضاء يتمسك به على الرغم من الانتقادات الموجه له، وتطبيق تلك القواعد ضمن إطار الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ لا شك وأنها غير كافية لحماية عملاء البنوك من مخاطر استخدام النظام الرقمي في العمل البنكي، لكن هل يمكن الاعتماد على قواعد المسؤولية التقصيرية غير الشخصية؟

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية غير الشخصية كأساس لمسؤولية البنك

تتمثل أهم الصعوبات التي يواجهها العميل المضرور من إحدى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني في عدم قدرته على إثبات خطأ البنك في الوقت الذي يكون ملزما بإثباته، كشرط أساسي لحصوله على تعويض في ظل الإعتماد على قواعد المسؤولية العقدية، وبالتالي فإن التساؤل الذي يطرح في هذا الإطار ألا يمكن الاعتماد على الخطأ المفترض كأساس لتلك المسؤولية من خلال إقامة مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني على قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (الفقرة الأولى)، أو باعتبار البنك حارسا للنظام الإلكتروني الذي يقوم بوضعه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأول : مسؤولية البنك باعتباره متبوعا

من المعروف أن البنك كشخص معنوي[2] لا يستطيع ممارسة أنشطته بنفسه، إنما

(1)- قرار تمييز حقوق رقم 2005/3534 بتاريخ 09/03/2006 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- تتمتع البنوك بالشخصية المعنوية التي تعطيها الإستقلالية عن الأشخاص المكونين لها، ويعتبر الشكل القانوني الذي يجب أن تتخذه البنوك من أهم الشروط المتطلبة لإنشائها، واشترطت التشريعات أن يتخذ البنك شكل شركة مساهمة، فقد نص المشرع المغربي في المادة 28 من القانون المتعلق بمؤسسات الإئتمان على أنه " لا يجوز أن تؤسس مؤسسات الإئتمان الموجودة مقارها الإجتماعية بالمغرب إلا في شكل شركات مساهمة..." كما نص نظيره الأردني في المادة 6 من قانون البنوك على أنه " يشترط لترخيص البنك أن يكون شركة مساهمة عامة..."، وتلك الشركات تتمتع بالشخصية المعنوية من تاريخ تسجيلها في السجل التجاري وفقا للمادة 7 من

يعتمد على أشخاص طبيعيين يمثلونه ويعملون لحسابه، فهم الذين يضعون النظام الإلكتروني الخاص بعمليات التحويل ويشغلونه، وهم الذين يتعاملون مع العملاء ويتواصلون معهم، لهذا فإن الأخطاء التي قد تقع أثناء تنفيذ العقد الرابط بين البنك والعملاء تكون مرتكبة من طرفهم وليس من طرف البنك نفسه، لكن بما أن البنك الذي تعاقد مع العملاء يمتلك شخصية حقيقة ومستقلة عن شخصية التابعين له[1]، يثار التساؤل حول حدود مسؤوليته بصفته متعاقدا وحدود مسؤوليته بصفته متبوعا تجاه الزبون؟

للإجابة عن هذا التساؤل سنقوم بداية بتحديد المركز القانوني لتابعي البنك (أولا)، قبل حصر الحالات التي يكون فيها البنك مسؤولا بصفته متبوعا عن أعمال تابعيه (ثانيا).

قانون شركات المساهمة المغربي التي جاء فيها " تتمتع شركات المساهمة بالشخصية المعنوية ابتداء من تاريخ تقييدها في السجل التجاري..." والمادة 4 من قانون الشركات الأردني التي جاء فيها " يتم تأسيس الشركة في المملكة وتسجيلها فيها بمقتضى هذا القانون وتعتبر كل شركة بعد تأسيسها وتسجيلها على ذلك الوجه شخصا اعتباريا أردني الجنسية ويكون مركزها الرئيسي في المملكة.." ، ويترتب عن ذلك ظهور كائن قانوني له إستقلال مالي وإداري يتمتع بالحقوق وتفرض عليه الواجبات بما يشبه إلى حد كبير الشخص الطبيعي.

- قانون شركة المساهمة المغربي ظهير شريف رقم 124-96-1 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 بتنفيذ القانون رقم 95-17 المتعلق بشركات المساهمة والمنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 4 جمادى الآخرة 1417 الموافق 17 أكتوبر 1996
- قانون الشركات الأردني مؤقت رقم 40 لسنة 2002 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 4556 الصادرة بتاريخ 2002/7/16ص

(1)- بدأت فكرة الشخصية المعنوية بالتكون في الفترة التي تلت ظهور بعض التجمعات التي تجمع بينها مصالح مشتركة وأهداف واحدة من خلال ممارسة النشاط نفسه، ولقد كانت هذه التجمعات بحاجة إلى الدفاع عن مصالحها فانعكس ذلك على الفكر القانوني الذي بدأ بالبحث في حقيقتها، وفي بداية الأمر لم يكن القانون يعترف بالشخصية القانونية إلا للشخص الطبيعي وحده، فهو الوحيد الذي يمتلك الإرادة والحق من وجهة نظر القانون، وفي هذه المرحلة إتجه الفقه إلى أن الشخصية القانونية لا تثبت لهذه التجمعات إلا عن طريق الإفتراض أو المجاز، وبالتالي فإنها لا تملك الشخصية الحقيقة وإنما شخصيتها عبارة عن شخصية خيالية من صنع المشرع، لكن في مرحلة لاحقة أصبح الفقه ينظر إليها على أنها شخص حقيقي لا يخلقه المشرع وإنما يفرض نفسه عليه نتيجة للعوامل الإجتماعية والإقتصادية والسياسية وليس على المشرع إلا الإعتراف به، ووفقا لذلك أصبحت الشخصية المعنوية شخصية حقيقة منفصلة عن شخصية الأفراد المكونين لها، ويمكن أن تنسب إليها الإرادة بناءا على واقع عملي أو اجتماعي على الرغم من أنها لا تمتلكها إلا أنها تعتبر وكأنها صادرة عنها فهذه الإرادة تعبر عن مصالح الشخص المعنوي وتدافع عنها، وكنتيجة لذلك إعترفت معظم التشريعات بالشخصية القانونية لتجمعات الأشخاص والأموال وأصبح يطلق عليها الشخص المعنوي تمييزا لها عن الشخص الحقيقي.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع المغربي لم يقم بوضع نصوص تنظم الطبيعة الخاصة بالشخص المعنوي على خلاف ما فعل نظيره الأردني في المواد 50-52 من القانون المدني، حيث يلاحظ من تلك المواد أن الشخص المعنوي يمتلك كالشخص الطبيعي إسما وموطنا وذمة مالية مستقلة، ويتمتع بجميع ما يتمتع به الشخص الطبيعي من حقوق إلا ما كان ملازما لطبيعة الإنسان كالحقوق الأسرية، انظر:

- يحيى أحمد الموافي : الشخص المعنوي ومسؤولياته القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987 ص12 وما بعد
- أنور العمروسي : الشخص الطبيعي والشخص الإعتباري في القانون المدني، دار محمود للنشر، القاهرة، بدون تاريخ ص 142

أولا : المركز القانوني لمستخدمي البنك

لتحديد طبيعة العلاقة بين البنك كشخص معنوي ومستخدميه اللذين يمثلونه ويعملون لحسابه ظهرت مجموعة من التوجهات والنظريات[1]، من بينها ما سميت بالنظرية العضوية[2] والتي تقوم على تحليل الشخص المعنوي من خلال مطابقته مع الشخص الطبيعي، فكما أن للشخص الطبيعي مجموعة من الأعضاء (الأيدي والأرجل واللسان) يعبر بها عن إرادته، فإن الشخص المعنوي كذلك يمتلك أعضائه الخاصة به، فهناك عضو للمداولات، وعضو للرقابة، وأعضاء تنفيذية.

وقد انتقد الفقه[3] هذا التشبيه بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، واعتبر أنه من غير الممكن الاعتراف بهذا التلاحم الطبيعي بينهما، لهذا فإنه يجب النظر إلى الشخص المعنوي بما يتفق مع طبيعته وخصوصية تكوينه دون محاولة إيجاد تطابق تام بينه وبين الشخص الطبيعي[4]، فالشخص المعنوي على الرغم من كونه لا يستطيع ممارسة أنشطته بنفسه فإن هذا الأمر لا ينفي توافره على شخصية مستقلة عن العاملين لديه[5].

---

(1)- لقد كانت نظرية النيابة القانونية من أولى النظريات التي وضعت لتفسير العلاقة بين الشخص المعنوي والأشخاص الطبيعيين الذين يمثلونه، وقد قال بها الفقيه Rousat الذي كان يرى أن الشخص المعنوي يتشابه في وضعيته مع الصغير القاصر الذي يحتاج إلى من ينوب عنه في ممارسته تصرفاته القانونية وانشطته المختلفة، وقد تم انتقاد هذه النظرية بناءا على أن النائب لا يمثل القاصر إلا في مرحلة معينة من حياته إلى أن يكبر ويصبح ممثلا لنفسه في جميع أنشطته، وبالإضافة إلى ذلك فإن القاصر يستطيع ممارسة بعض الأنشطة بنفسه على عكس الشخص المعنوي الذي لا حول له ولا قوة بدون الأفراد المكونين له، أنظر :

- يحيى أحمد الموافي : الشخص المعنوي ومسؤولياته القانونية،م، س، ص 48 وما بعد
- أنور العمروسي : الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في القانون المدني، م، س، ص144

(2)- وترجع هذه النظرية في أصولها إلى فكرة قديمة تشبه الدولة بالكائن الإنساني ويعتبر الفيلسوف أفلاطون من رواد هذه النظرية حيث كان من أوائل من شبه الدولة بالكائن الحي الذي تتحقق حياته من خلال عماله الذين يباشرون أنشطته، ويلاحظ في هذا الصدد أن هذه النظرية كانت سائدة في فترة من الفترات، وقد استخدمها البعض للتعبير عن العلاقة التي تجمع بين مدير الشركة والشركة حيث أطلق عليه لفظ عضو (organe)، راجع في ذلك :

- يحيى أحمد الموافي : الشخص المعنوي ومسؤولياته القانونية،م، س، ص، م، س، ص 49
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م ،س، ص 554 هامش رقم 2

(3)- أنظر في الانتقادات التي وجهت لنظرية العضوية :

- يحيى أحمد الموافي : الشخص المعنوي ومسؤولياته القانونية، م، س، ص 51
- حسن كيرة : المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971 ص 658
- إياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 258

(4)- حسن كيرة : المدخل إلى القانون م، س، ص 660

(5)- لهذا فقد ذهب توجه في الفقه إلى أنه يجب إعتماد نظرية تشابه فكرة النيابة القانونية يعتد بها بطبيعة الشخص المعنوي حيث يكون ضروريا قيام أشخاص طبيعيين بتمثيل الشخص المعنوي ويتولون نشاطه، دون أن تتصرف أثار هذا النشاط إليهم، وبذلك يتحدد مركز الأشخاص الطبيعيين المكونين لشخص المعنوي بضفتهم ممثلين له يلازمونه على الدوام، لا بكونهم جزء لا يتجزأ منه، بل بوصفهم أشخاصا طبيعيين ذوي كيان مستقل وإن كانوا لا يمارسون النشاط لحسابهم الخاص، أنظر :

- حسن كيرة : المدخل إلى القانون، ص 660

لهذا فقد ذهب توجه آخر[1] إلى أن الفعل الذي يقوم به الشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي إنما هو تعبير عن إرادة هذا الأخير، لأنه يقوم به باسمه ومن أجل المصلحة المشتركة لجميع أعضاءه، وإذا كان هذا الفعل من الناحية المادية لا يمكن إلا أن ينسب للشخص الطبيعي فإنه من الناحية القانونية ينسب للشخص المعنوي، وبالتالي فإن إرادة الشخص الطبيعي ما هي إلا إرادة الشخص المعنوي من وجهة النظر القانونية، لكن ما تجب الإشارة إليه هو أن أعضاء الشخص المعنوي لا يكونون جميعا من نفس الدرجة بالنسبة لعلاقتهم به، بل ينقسمون إلى فئتين، تظهر الأولى كسلطة قيادية، بينما تظهر الثانية كأجهزة تنفيذية.

والنتيجة العملية لهذا التمييز وجود اختلاف في القواعد القانونية المطبقة على العلاقة التي تربط الشخص المعنوي بكلتا الفئتين، فيكون الشخص المعنوي مسؤولا بصفة شخصية عن الأعمال التي يقوم بها أصحاب السلطة والمراكز الإدارية العليا باعتبارهم ممثلين له، بينما يكون مسؤولا بصفته متبوعا عن أعمال أجهزته التنفيذية باعتبارهم تابعين له، وقد كان لهذه النظرية صدى واسع في الفكر القانوني حيث لا يزال الكثير من الفقهاء[2] في وقتنا الحالي يتبنونها وكأنها أمر مفروغ منه لا يقبل النقاش، والحقيقة أن هذه النظرية لم تؤدي إلا في زيادة تعقيد المشاكل الناتجة عن المسؤولية المدنية بشكل عام، وبالخصوص تلك الناتجة عن العمليات البنكية.

حيث أن هذه النظرية توحي بوجود فئتين مستقلتين عن بعضهما البعض داخل كل شخص معنوي، وهي فئة الممثلين وفئة التابعين وهو أمر يفترض من الناحية النظرية

(1)- ومن رواد هذا التوجه الفقيه الفرنسي ميشو والذي يعتبر أن الشخص المعنوي باعتباره حقيقة قانونية يمكن أن يكون له تابعين يعملون لحسابه، كما يمكن ذلك للشخص الطبيعي، ومتى اكتسب الشخص المعنوي شخصيته القانونية فإنه يمكن له ممارسة الحياة القانونية عن طريق تابعيه الذين يعبرون عن إرادته، وبذلك تصبح التصرفات القانونية التي يأتيها التابع وكأنها صادرة عن الشخص المعنوي، كما هو الشأن بالنسبة للأفعال المادية طالما تصرف هذا التابع في حدود وظيفته، أنظر في شرح نظرية ميشو :

- يحيى أحمد الموافي : الشخص المعنوي ومسؤولياته القانونية، م، س، ص 44 ، 43
- إياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بشكل خاص، م، س، ص 261 وما بعد

(2)- انظر على سبيل المثال :

- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في الفقه والقضاء، م، س، ص 1602
- عبد اللطيف مشبال : المسؤولية المدنية للأبناك والإجتهاد القضائي المغربي، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي في المغرب، 19-20 يونيو 1993، مطبعة الأمنية، الرباط 1994، ص 303
- Lyazidi (K) : La responsabilité du banquier au Maroc, Rabat, 1985, P7
- نور الدين زحاف : المسؤولية المدنية للأبناك إزاء الزبناء والغير، أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي،م،س،ص 361
- صقلي حسن : المسؤولية المدنية للبنك، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، م ،س، ص 401
- عبد الحميد الشواربي : عمليات البنوك، م ،س، ص 514

فقط[1]، بينما نجد أن الواقع لا يعكس مثل هذا الافتراض بشكل مطلق، فليس أمرا نـــادرا أن يجمع شخص طبيعي واحد بين صفتي ممثل وتابع في نفس الوقت كالمدير المـــستخدم على سبيل المثال، ووفقا لهذه النظرية فإن الشخص المعنوي يجد نفسه مسؤولا بـــصفتين، مرة بصفة شخصية عن فعل ممثله القانوني، ومرة بصفته متبوعا عن أعمال تابعه.

وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا التمييز ينقصه السند القانوني فلا نجـد فـــي نـــصوص القوانين ما يمكن أن يدعمه، وإن كان الواقع العملي يتطلب التمييز داخل الشخص المعنوي نفسه بين المستخدم البسيط والمدير، فإن هذا التمييز لا يوجد ما يبرره في إطار المسؤولية المدنية[2]، فكلاهما يجب أن يكون مسؤولا عن خطئه الشخـــصي بـــصفة مـــستقلة عـــن الشخص المعنوي، ومسؤولا بصفته ممثلا للشخص المعنوي ما دام أنه يعبر عن إرادة هذا الأخير.

كما أنه إذا كان من المقبول في بعض الأحيان الأخذ بهذه النظرية في إطار المسؤولية التقصيرية فيما يتعلق بالأضرار التي قد تحدث للغير نتيجة نشاط الشخص المعنوي، فإنه من غير المنطقي الأخذ بها في الحالة التي توجد فيها علاقة تعاقدية تجمع بين الـــشخص المعنوي والمضرور، لأن القول بغير ذلك سيؤدي إلى إقحام قواعد المسؤولية التقصيرية داخل النطاق التعاقدي، فهذه النظرية لا تقدم حلولا عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية العقدية دون الرجوع لفكرة التابع والمتبوع التي تجد مجالها الطبيعي داخـــل إطـــار المـــسؤولية

(1)- وقد ظهرت بعض النظريات التي ترفض الفكرة التي تميز بين التابعين والممثلين، كتلك التي قال بهـــا الفقيـــه تشابي والذي يرى بأن القانون العام كالقانون الخاص لا يميز بين الممثلين والتابعين في الشخص المعنوي، ففي الإدارة إذا كان هناك تمييز بين طوائف الموظفين من حيث مراكزهم الوظيفية، فإن هذا التمييز ليس له أهمية في مجال مسؤولية الإدارة عن أعمال هؤلاء الموظفين، فالقضاء لا يقر بهذا التمييز، وإنما يعتبرهم كتلة متجانـــسة من العاملين لدى الدولة، أنظر في ذلك :

- إياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بشكل خاص، م، س، ص 265
- أحمد إبراهيم الحياري : المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولـــى 2003 ص 280

(2)- وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية في الدار البيضاء "..... وحيث إنه خلافا لما ورد في المرافعة الشفوية لدفاع المستأنفين من أن العبرة بالشخص الذاتي الذي وقع التقرير وليس بالشخص المعنوي، وأنه سواء بالنسبة لتقرير مراقبي الحسابات أو تقرير مأمور الحسابات فإنها كلها موقعة من طـــرف أشخاص ذاتيين، وبالتالي يتضح جليا الخطأ الذي وقع فيه قاضي الدرجة الأولى من أن مهمة مراقب الحسابات ومأمور الحسابات قد أسندت لشخص واحد، فإنه دفع لا يستقيم مع المبادئ القانونية التي تحكم الشركات، ذلـــك أن الشركة باعتبارها شخصا اعتباريا لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء ويترتب عن اكتـــسابها الشخصية المعنوية أهليتها لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وإن كانت باعتبارها شخصا معنويا تمـــارس أعمالها وتصرفاتها بواسطة أشخاص طبيعيين يكونون بمثابة وكلاء عنها، فإن تعامل هؤلاء مع الغير لا يكون بصفتهم الشخصية وإنما بصفتهم ممثلين للشركة، وتصرفاتهم تكون ملزمة للشركة".

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2000/04 والصادر بتاريخ 2000/01/04 (غير منشور)

التقصيرية، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال الإطلاع على بعض الأحكام الصادرة عن القضاء[1].

لهذا ففي إطار العلاقات التعاقدية التي تجمع البنك بعملائه يجب تقييم طبيعة الخطأ الصادر من طرف المستخدم فيما إذا كان يشكل خطئا تقصيريا يسأل عنه البنك مسؤولية متبوع عن أعمال تابعه أو كان خطئا عقديا يسأل عنه البنك مسؤولية شخصية بالنظر لطبيعة الفعل ذاته، فإذا كان هذا الفعل أو الخطأ يوثر على العلاقة التعاقدية بين البنك والعملاء أو على التزاماتهما المتبادلة فإنه يدخل في نطاق المسؤولية العقدية، أما إذا لم

(1)- فقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة الإستئناف التجارية بفاس " وحيث إن المستأنف عليه يعتبر مستخدما لدى البنك المستأنف وكان يقوم بتزوير بعض الكمبيالات ويضع عليها توقيعات الزبناء على أساس انه هو الساحب وذلك بمشاركة المستأنف عليه الثالث وباعتباره مستخدما فيكون البنك مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه مستخدميه وذلك طبقا للفصل 85 من ق ل ع ، وحيث انه يتبين من وثائق الملف أن المستأنف عليه الأول زبون للمستأنف وأودع أموالا لدى البنك المذكور أعلاه ومن تم فان المودع عنده ملزم بان يسهر على حفظ الوديعة باعتباره الغرض الأساسي والمباشر للمتعاقدين في عقد الوديعة وهو أيضا التزام ببدل عناية المودع عنده بحفظ أموال نفسه كما يتعين على المودع عنده أن يرد الوديعة للمودع الشيء الذي لم يقم به البنك المودع عنده مما يعتبر معه مخلا بالتزامه اتجاه زبونه و يتعين معه الحكم برد الوديعة المذكورة.."

ومن خلال هذا القرار يمكن ملاحظة أن المحكمة قامت بالجمع بين قواعد المسؤولية التقصيرية عن فعل التابع والخاضعة لمقتضيات الفصل 85 من قانون الإلتزامات والعقود وبين قواعد المسؤولية العقدية المترتبة عن عقد الوديعة البنكية، والحقيقة أن المحكمة لم تكن تهدف من خلال هذا الجمع غير المبرر سوى الإشارة إلى أن الموظف قام بالمخالفة التي أوقعت الضرر بالعميل أثناء ممارسته لوظيفته لدى البنك وبالتالي تنسب المسؤولية للبنك، والحال أن قواعد المسؤولية العقدية وحدها كافية لإقامة مسؤولية البنك على إعتبار أن البنك ملزم برد الوديعة إلتزاما بتحقيق نتيجة، إلا أن معيار التبعية الذي تلجأ إليه المحاكم كلما أرادت نسب الخطأ للبنك والناتج عن النظرية التي تميز بين التابعي والممثلين هو الذي أدى إلى إحداث هذا الخلط.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 203 في ملف عدد 8/1468 والصادر بتاريخ 2009/2/5 (غير منشور)

وهذا الأمر انتبهت إليه محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء على الرغم من إقحامها هي كذلك لمقتضيات الفصل 85 داخل إطار العلاقة التعاقدية، إلا أنها عادت وأكدت أنه لا مجال لتطبيق هذا الفصل في النازلة محل الدعوى على إعتبار أنها تعلق بمسؤولية عقدية لا تقصيرية وقد جاء في هذا القرار " وحيث إن ما آثاره الطاعن من عدم وجود المستخدم محصل الخزينة في حالة تبعية له لمساءلته عن الضرر الذي أحدثه للمستأنف عليه بدعوى نصبه على هذا الأخير واختلاس الأموال المودعة، لا يمكن أن يعتبر بمثابة الفعل الضار المستقل عن التبعية طالما أن المستخدم المذكور ارتكبه وهو يؤدي عملا من أعمال وظيفته لما تلقى مبالغ من المستأنف عليه على سبيل الإيداع لقاء استصدار اذينة للصندوق بشروط معينة، وبالتالي فمسؤولية البنك قائمة باعتباره متبوعا مسؤولا عن عمل تابعه طبقا لمقتضيات الفصل 85 من ق.ل.ع وان كان لا محل لهذا الدفع لتعلق الأمر بدعوى استرداد وديعة.."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدر البيضاء رقم 2005/4291 والصادر بتاريخ: 2005/11/24 (غير منشور)

وقد جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة " ...فانه لا يمكن أن يواجه بذلك زبناؤه الذين اجروا إيداعات لديه ويبقى مسؤولا عن إرجاع تلك الودائع عند المطالبة، وتبعا لذلك يبقى الدفع بكون الطاعن غير مسؤول عن أخطاء تابعة لوقوعها خارج إطار وظيفته لا محل له في إطار النازلة الحالية وكل الاجتهادات القضائية التي أوردها في هذا الخصوص غير قابلة للتطبيق على النازلة.

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدر البيضاء رقم 2005/2798 والصادر بتاريخ 2005/07/12(غير منشور)

يؤثر على الإلتزامات المتبادلة في العقد فإنه يمكن مسائلة البنك عنه مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه.

فالشخص الذي يعمل لدى البنك يفترض وجود علاقة تبعية بينه وبين البنك الذي يقوم بتمثيله، وتلعب نظرية الوضع الظاهر دورا كبيرا في هذا الإطار[1]، وليس هناك ما يدعو إلى اللجوء إلى التمييز بين الممثل والتابع بالرجوع للنصوص القانونية التي تنظم المسؤولية التقصيرية عن الغير كلما أردنا إثبات علاقة التبعية بين البنك والمستخدم الذي ارتكب الفعل الضار، بل يكفي أن تكون تلك العلاقة مفترضة بحكم الوضع الظاهر، لكن ما هي حالات قيام مسؤولية البنك عن فعل تابعيه؟ وهل يمكن تطبيقها على عمليات التحويل البنكي الإلكتروني؟

ثانيا : حالات قيام مسؤولية البنك بصفته متبوعا تجاه الزبون

تعطي الشخصية المعنوية التي تثبت للبنك لهذا الأخير الأهلية اللازمة لممارسة التصرفات القانونية مع الأشخاص الذين يتعاملون معه[2]، إلا أن تنفيذ تلك التصرفات يتم من خلال الأشخاص الذين يستعين بهم البنك، وسواء كان الأمر يتعلق بإحدى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني أو غيرها من الأنشطة البنكية فإن البنك يكون مسؤولا عن الأضرار التي تحدث لعميله نتيجة لممارسه تلك الأنشطة مسؤولية عقدية شخصية، ذلك

(1)- ففي حالة ما إذا تعامل العميل مع أحد الأشخاص معتقدا أنه ممثل للبنك أو موظف له، في ظل بعض الظروف التي تؤكد هذا الاعتقاد كما لو تم التعامل داخل مباني البنك على سبيل المثال، فإن نظرية الوضع الظاهر تحمي العميل في هذا الإطار ووفقا لها يعتبر ذلك الشخص كما لو أنه من موظفي البنك بالفعل، وقد عرف بعض الفقه الظاهر على أنه " كل حالة أو وضعية ولكنها مخالفة للحقيقة القانونية، جعلت الغير حسن النية يعتقد بمطابقة الحالة الظاهرة للحالة القانونية، مما يرتب آثاره القانونية لمصلحة هذا التغيير"، أنظر في ذلك :

- عز الدين بنستي : نظرية الظاهر في القانون البنكي، بحث منشور ضمن أعمال ندوة القانون والممارسة البنكية، المجلة المغربية لقانون وإقتصاد التنمية، عدد 16، سنة 1988 ص 9 وما بعد
- شوقي محمد صلاح : نظرية الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 2002، ص 28 وما بعد
- محمد سعيد عبدالرحمن : نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007 ، ص 14 وما بعد

(2)- إن أهلية الوجوب بالنسبة للشخص المعنوي ليست مطلقة كما هو الشأن بالنسبة للشخص الطبيعي، فهي تتحدد بالنسبة له بحسب صفته وأغراضه فيكتسب الشخص المعنوي الحقوق ويتحمل الواجبات بما يتفق مع ذلك وفقا لمبدأ التخصص والذي يتحدد في سند إنشاء الشخص المعنوي وفقا لما يقتضيه القانون، أما بخصوص أهلية الأداء فبما أن مناطها هو التمييز فلا شك أنه لا يمكن ردها إلى الشخص المعنوي، لهذا فنظرا لتكوين هذا الأخير وطبيعته القانونية التي تحتم عليه الإستعانة بالأشخاص الطبيعيين لممارسة ا=أنشطته فإن هذا التمييز يكون متطلبا في الأفراد الذين يمثلونه، وفي الحقيقة إن إنعدام التمييز في الشخص المعنوي لا يعني إنعدام وجود الإرادة لديه، فإرادة الشخص المعنوي إنما يعبر عها بالإرادة الجماعية التي تتحدد وفقا لسند إنشائه واختصاصاته لكن الشخص المعنوي لا يمكن له التعبير عن تلك الإرادة إلا بواسطة الأشخاص الذين يمثلونه، أنظر :

- يحيى أحمد الموافي : الشخص المعنوي ومسؤولياته القانونية، م، س، ص 20
- أنور العمروسي : الشخص الطبيعي والشخص الإعتباري في القانون المدني م، س، ص 146

أن مستخدمي البنك لا يتعاملون مع الزبون بصفة شخصية وإنما بصفتهم نائبين عن البنك الذي يرتبط بعملائه بعلاقة تعاقدية.

وعلى الرغم من ذلك فإن هناك من الفقه[1] من يصر على أن البنك يكون مسؤولا تجاه زبونه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه عن الأضرار التي تحدث له نتيجة فعل مستخدميه، وهذا التوجه يستند على نظرية التمثيل للتمييز بين الممثل صاحب المركز السلطوي والذي يسأل عنه البنك مسؤولية شخصية، وبين المستخدم صاحب المركز التنفيذي والذي يسأل عنه البنك مسؤولية متبوع عن أفعال تابعه، دون النظر إلى طبيعة العلاقة التي تجمع بين البنك والزبون المضرور، فلا شك أن وجود علاقة تعاقدية بينهما سيؤثر على طبيعة المسؤولية القائمة.

فالأنشطة التي يقوم بها مستخدم البنك والمرتبطة بتنفيذ العقد المبرم بالزبون إنما تصدر عنه بصفته ممثلا للبنك بحيث يختفي الحد الذي يفصل بين شخصية البنك وشخصية المستخدم ويظهران وكأنهما شخص واحد بالنسبة للزبون، والشخصية الحقيقية لمستخدم البنك تذوب في شخصية البنك بالنسبة للعلاقة التي تجمع البنك بالزبون، لأن جميع الأعمال التي يقوم بها المستخدم والمتعلقة بالعقد تعد وكأنها صادرة من طرف البنك نفسه بغض النظر عن كون الخطأ أو التقصير الذي أدى إلى حدوث الضرر كان نتيجة لتنفيذ الأعمال الموكلة إليه بشكل سيء أو أنه لم يتقيد بأوامر البنك وتعليماته، لكن ألا يمكن تصور قيام مسؤولية البنك بصفته متبوعا حتى تجاه العملاء المتعاقد معهم؟

لقد تمت الإشارة سابقا إلى أنه لا مجال لإقحام قواعد المسؤولية التقصيرية داخل النطاق العقد تطبيقا لمبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين إلا في بعض الحالات الإستثنائية، والتي من بينها كون الإخلال بالإلتزام العقدي يشكل في ذات الوقت جريمة أو غشا أو خطئا جسيما[2]، حيث تنتقل دائرة المسائلة في هذه الحالة من النطاق العقدي إلى النطاق التقصيري، وقد سبق القول كذلك أنه نظرا للطبيعة المعنوية للبنك فإنه من غير المتصور أن يقوم هو بارتكاب الغش أو الجريمة بل إن مثل تلك الأفعال تصدر عن الأشخاص المكونين للشخص المعنوي والعاملين لديه، بينما قد يتصور صدور الخطأ الجسيم من البنك كما قد يتصور صدوره من مستخدميه.

---

(1)- أنظر على سبيل المثال :
- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، م، س، ص 1602
- عبد اللطيف مشبال : المسؤولية المدنية للأبناك والإجتهاد القضائي المغربي، م، س، ص 303
- نور الدين زحاف : المسؤولية المدنية للأبناك إزاء الزبناء والغير، م، س، ص361
- صقلي حسن : المسؤولية المدنية للبنك، م، س، ص 401
- عبد الحميد الشورابي : عمليات البنوك، م، س، ص 514
- أنس أبو العون : المسؤولية المدنية للأبناك تجاه الزبناء والغير، م، س، ص 181
- Lyazidi (K) : La responsabilité du banquier au Maroc, Op.Cit. P7

(2)- أنظر ما سبق تناوله في المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الفرع

والمتعامل مع البنك في هذه الحالات يمتلك الخيرة في أن يقيم دعواه على البنك بناءا على قواعد المسؤولية العقدية، أو أن يقيمها عليه بناءا على قواعد المسؤولية التقصيرية باعتباره متبوعا، وإن كان من مصلحته سلوك طريق التقصيري للدعوى نظرا للفوائد المترتبة عن ذلك بالنسبة إليه كزيادة مبالغ التعويض المستحق، وليستفيد كذلك من الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية في هذه الحالة والتي لا تتطلب قيام المضرور بإثبات الخطأ في جانب المتبوع.

وتقوم مسؤولية البنك بصفته متبوعا في القانونين المغربي[1] والأردني[2] بتوافر شرطين، الأول أن تكون للبنك سلطة فعلية على الشخص مرتكب الفعل الضار، وهذه السلطة تنشأ عن علاقة التبعية التي يخضع من خلالها التابع لرقابة وتوجيه وإشراف المتبوع أثناء تنفيذه للعمل المكلف به[3].

---

(1)- وذلك في الفصل 85 من ق.ل.ع الذي نص على أنه "...لا يكون الشخص مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولا أيضا عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهدته... المخدومون ومن يكلفون غيرهم برعاية مصالحهم يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدامهم ومأموروهم في أداء الوظائف التي شغلوهم فيها..."

(2)- وذلك في المادة 288 من القانون المدني التي نصت على انه " لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك فللمحكمة بناءً على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر:... ب- من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها..."

(3)- وقد ظهرت عدة توجهات لتفسير علاقة التبعية فقد تم الاعتماد في وقت سابق على معيار التبعية الإقتصادية الذي يعتمد بمقتضاه المتابع على المتبوع في مصدر رزقه، إلا أن هذا المعيار لم يفسر بعض الحالات التي لا يكون فيها التابع معتمدا على المتبوع بشكل مباشر، فتم الإنتقال إلى معيار التبعية القانونية والمتمثل في أن المتبوع يمتلك سلطة فعلية مواجهة التابع تتمثل في الرقابة والإشراف عليه وتوجيهه، وسواء كانت السلطة الفعلية مستمدة من وضع قانوني (عقد العمل) الذي يربط بين التابع أو المتبوع أو من مجرد وضع فعلي (حالة واقعية) لا تعاقدي، أنظر في التوجهات الفقهية والقضائية بخصوص علاقة التبعية :

- أستاذتنا دنيا امباركة : دروس في القانون الإجتماعي المغربي، مكتبه طه حسين، وجدة 2005، ص 54 وما بعد
- عبد اللطيف خالفي : الوسيط في مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2004 ص 349
- موسى عبود : دروس في القانون الإجتماعي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1987 ص 177 وما بعد
- محمد سعيد بناني : قانون الشغل المغربي، علاقة الشغل الفردية، دار النشر المغربية،1981 ص 388
- أحمد شوقي عبد الرحمن : حدود الإرتباط بين مسؤولية المتبوع والمسؤولية الشيئية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007 ص 19
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 860 وما بعد

وقد قرر المجلس الأعلى الإعتماد على الوضع الفعلي أو الواقعي لتقرير وجود علاقة التبعية في قرار له جاء فيه "..وغرفة الإستئناف ذهبت إلى إعتبارات قانونية غير صحيحة لما صرحت بأن المشرع نظم علاقة التبعية وجعلها قانونية لا واقعية، والطالبة تبحث عن النص الذي يزكي إتجاه غرفة الإستئناف التي لم تذكره مع أن القانون يعرف علاقة التبعية بمركز التابع الذي يمتاز بالخضوع إلى متبوعه الذي يعطي أوامر إلى التابع لحسابه لا لحساب غيره، وذهب القضاء بعيدا في هذا التعريف إلى اعتبار الشخص الذي يخدم الغير بالمجان وفي نطاق غير مهني ينتج علاقة التبعية معه لما يظهر أنه يتلقى توجيهاته، واكتشاف علاقة التبعية يقتضي الرجوع للوقائع عكس ما تدعيه غرفة الإستئناف ولا يترتب على علاقة التبعية أية نتائج قانونية إلا إذا ثبت في الواقع..."

إما الشرط الثاني فيستلزم أن يكون الفعل الضار قد صدر من التابع أثناء قيامه بالعمل لدى المتبوع، ويقصد بذلك أن يكون الضرر قد وقع أثناء ممارسة التابع للمهام التي تدخل في حدود اختصاصه بشكل طبيعي، وتشمل الحالات التي يتم فيها تنفيذ الأوامر الصادرة إليه بشكل سيء وكذلك الحالات التي يتم فيها تنفيذ المهام الموكلة إليه بشكل سيء[1]، وقد أثار هذا الشرط الأخير إشكالا فيما يتعلق بالأفعال التي يرتكبها التابع والتي قد لا تكون داخلة في صميم اختصاصه أو تلك التي يرتكبها بهدف الحصول على مصالح شخصية أو لأهداف أخرى بعيدة عن المهمة الموكولة إليه، فهل يسأل البنك في هذه الحالة عن تلك الأفعال؟

في البداية نشير إلى أن هذا الإشكال لا يطرح بالنسبة للقانون الأردني لأن المشرع الأردني ألزم المتبوع بتعويض الأضرار التي يحدثها التابع بسبب ممارسته لوظيفته، ولكي يكون الأمر كذلك يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين فعل التابع ووظيفته، فمسؤولية المتبوع تقوم وفقا للقانون الأردني عندما لا يكون بإمكان التابع أن يرتكب الفعل الضار أو يفكر بارتكابه لولا الوظيفة التي يمارسها، وهو ما أكدته محكمة التمييز في العديد من القرارات الصادرة عنها[2].

- قرار المجلس الأعلى رقم 2534 والصادر بتاريخ 13/12/1989 منشور في مجلة القضاء والقانون، الإصدار الرقمي، عدد 44 ، دجنبر 2000 ص 35

(1)- أنظر في شرح وتحليل هذا الشرط :

- محمد الأمراني زنطار : مسؤولية المؤاجر عن أعمال الأجير، تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 9502 ، ملف جنائي عدد 71706، منشور في مجلة المرافعة عدد 2 ص 247
- أحمد إبراهيم الحياري : المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، م، س، س 263 وما بعد
- أحمد شوقي عبد الرحمن : حدود الإرتباط بين مسؤولية المتبوع والمسؤولية الشيئية، م، س، ص 44 وما بعد
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 868 وما بعد

(2)- حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عنها " يكفي لتحقق مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أن تكون هنالك علاقة سببية قائمة بين الخطأ ووظيفة التابع ويستوي أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة أو عن طريق استغلالها ويستوي أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أم لم يأمر به، علم به أو لم يعلم كما يستوي أن يكون التابع في ارتكاب الخطأ المستوجب للمسؤولية قد قصد خدمة متبوعه أوجد نفع لنفسه، يستوي كل ذلك ما دام التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ أو يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة، ولما كان من الثابت من البينات المقدمة في الدعوى صلة التبعية بين المدعى عليه الموظف لدى البنك وثبت ارتكاب المدعى عليه الأعمال غير المشروعة التي قام بها (سرقة دفتر شيكات أحد العملاء) من داخل فرع البنك الذي يعمل به كانت هذه الأعمال أثناء تأدية وظيفته وبسببها.."

- قرار تمييز حقوق رقم 2005/315 والصادر بتاريخ 11/05/2005 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

كما جاء في قرار آخر " حيث إن المميزة أسست دعواها على مبدأ مسؤولية المتبوع عن التابع وبالرجوع للمادة (288) قانون مدني نجد أن المتبوع يكون مسؤولا عن كل ضرر يحدثه تابعه بعمله غير المشروع في حال تأديته لعمله ، بشرط أن تكون الوظيفة هيأت للتابع إيقاعه، وعلى هذا ، فان المميز ضدها مسؤولة عن عمل موظفتها تجاه المميزة لان وظيفتها في البنك هيأت لها الحصول على ورقة الشيك واستعمالها بطريقة غير مشروعة أضرت بالجهة المميزة ، الأمر الذي ينبني عليه أن البنك مسؤول عن الضرر الذي لحق بالمميزة بفعل موظفته ، التي زورت الشيك ، وحيث إن القرار المميز انتهى لخلاف ما توصلنا إليه ، فانه يكون مخالفا للقانون"

- قرار تمييز حقوق رقم 1999/2606 صادر بتاريخ 15/08/1999 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

أما المشرع المغربي فقد اكتفى بالنص على أن المتبوع يكون مسؤولا عن الأضـــرار التي يوقعها التابع أثناء تأديته لوظيفته دون الضرر الذي يقع بسبب الوظيفة، ممـــا جعـل الفقه ينقسم حول ما إذا كان الفصل 85 من قانون الإلتزامات والعقود يتضمن الحالة التي يقع فيها الضرر سبب الوظيفة أم لا، فذهب البعض من الفقه[1] إلى القول بتحقق مسؤولية المتبوع عن الأخطاء التي يرتكبها التابع لا أثناء تأدية وظيفته فحسب بـــل أيـــضا عـــن الأخطاء التي يرتكبها بسبب الوظيفة، بينما يرى البعض الآخر[2] أن المسؤولية عن فعـــل الغير استثناء من قاعدة أن الإنسان لا يسأل إلا عن فعله الشخصي، والاستثناء لا يتوســـع فيه، لهذا لا يمكن أن يقرر المسؤولية في هذه الحالة سوى المشرع.

وقد حسم القضاء المغربي هذا الإشكال بتحميله المسؤولية للمتبوع سواء وقع خطـــأ التابع في حالة تأديته لوظيفته أو بسبب تلك الوظيفة، إذ اعتبر أن مسؤولية المتبـــوع لا تقوم فقط في الحالات التي يكون فيها التابع قد نفذ في عمله تعليمات متبوعة بكل دقة، بل أيضا عندما توجد رابطة سببية أو رابطة تلازم بين الوظيفة التي عهد بها إلى التابع وبين الخطأ الذي نجم عنه الضرر، بحيث لولا الوظيفة لما استطاع التابع ارتكاب العمل الـــذي سبب الضرر للغير، وأن الوظيفة هي التي ساعدت على إتيان الخطأ وهيـــأت الفرصـــة لارتكابه، فالوظيفة يجب أن تكون ضرورية لارتكاب الفعل المـــؤدي إلـــى الـــضرر، ولولاها لما فكر في التابع في ارتكاب الخطأ[3].

---

(1)- مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، م، س، ص 461

(2)- أنظر في هذا التوجه، محمد الأمراني زنطار : مسؤولية المؤاجر عن أعمال الأجير، م، س، ص 257

(3)- فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى "... إن المكلفين غيرهم بأعمال خاصة بهم مـــسؤولون عمـــا يحدثـــه مـــن الأضرار مستخدموهم حين تعاطيهم في أوقاتهم العادية بصفة منتظمة لأعمالهم المنوطة بهم، وتمتد مسؤوليتهم لما يحدثه هؤلاء المستخدمون من الأضرار لغيرهم بسبب ما يجدونه من تـــسهيلات فـــي نطـــاق مـــزاولتهم لأعمالهم.."

- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1975.3.18 مجلة القضاء والقانون العدد 126 السنة 16 يوليوز 1977 ص 149

أورده محمد الأمراني زنطار : مسؤولية المؤاجر عن أعمال الأجير، م، س، ص 257

وقد جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث إنه من جهة أخرى فإن الأفعال التي ارتكبها مستخدمو البنك والتي كانت السبب في الضرر اللاحق بالمستأنف عليها والمتمثل في اختلاس مبلغ 1.003.008,00 درهم، إنما صدرت منهم بصفتهم مستخدمين للبنك ومكلفين بتلقي الشيكات بعد إجراء الفحوص اللازمة والتأكد من شخص المستفيد ومدى قابلية الشيك للتظهير من عدمه، وإنهم قد أهملوا القيام بذلك وقبلـــوا تسلم شيكات غير قابلة للتظهير ولا تحمل اسم مستخدم المستأنف عليها وبذلك فإن الإجـــراءات التـــي ســـلكوها لتحويل المبالغ التي تتضمنها تلك الشيكات وتحويلها لحسابه بنفس الوكالة التي يعملون بها إجراءات غير سليمة وهم بذلك قد ارتكبوا خطأ في تأدية وظيفتهم. وتبعا لذلك تقوم مسؤولية البنك عن الضرر الـــذي تـــسبب فيـــه مستخدموه بصفتهم تلك سواء على أساس الفعل الضار الذي صدر منهم أثناء تأدية وظيفتهم، أو على أساس كون وظيفتهم هي التي هيأت لهم ظروف ارتكابها، وذلك بصرف النظر عن كون هذا الفعل صدر عنهم عمدا أو عن غير عمد..."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2003/1554 والصادر بتاريخ 2003/5/6 (غير منشور)

ومن خلال كل ما سبق يتضح أن عملاء البنوك يمكنهم الاستفادة من الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية البنك باعتباره متبوعا، وذلك في الحالات التي تقررها الاستثناءات التي ترد على فكرة عدم جواز الخيرة، وهي الحالات التي يشكل فيها الإخلال بالإلتزام العقدي في نفس الوقت جريمة أو يكون ناجما عن تدليس أو خطأ جسيم، لذلك فإن نطاق قيام هذا النوع من المسؤولية ضيق، ولا يمكن الاعتماد على قواعد المسؤولية عن فعل الغير كأساس عام لإقامة مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني، وفي ظل ذلك يطرح التساؤل، ألا يمكن اعتبار البنك حارسا للنظام الإلكتروني وإقامة مسؤوليته بناءا على ذلك؟

الفقرة الثانية : مسؤولية البنك كحارس للنظام الإلكتروني

يعتمد البنك في تقديمه لخدمات التحويل كما سبق لنا القول على مجموعة من الأدوات الإلكترونية والتي يقوم بوضعها تحت تصرف عملائه لاستخدامها في تمرير رسائل المعلومات المتضمنة لأوامر التحويل المختلفة، ويكون البنك عادة ممتلكا للسيطرة التامة على هذه الأجهزة والأدوات[1]، ومن هنا ذهب البعض[2] إلى أنه يمكن اعتبار البنك حارسا للنظام الإلكتروني الذي يستخدم لإجراء عمليات التحويل، وبالتالي يمكن إقامة مسؤوليته بناءا على قواعد المسؤولية عن الأشياء المنظمة بمقتضى الفصل 88 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي، والمادة 291 من القانون المدني الأردني[3].

(1)- وقد قلنا هنا عادة لأن بعض عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تتم من خلال أجهزة يكون الزبون مسؤولا عن سلامتها، كجهاز الحاسب الشخصي بالزبون الذي يلج من خلاله إلى شبكة الإنترنت، وكأجهزة الهاتف النقالة.

(2)- أنظر في ذلك :

- حازم نعيم الصمادي : المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، م، س، ص 95
- نوري حمد خاطر : مسؤولية المصرف عن إستخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، م، س، ص 1801
- ضياء علي نعمان : المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاء الإلكتروني بالبطاقات البنكية،م، س، ص 142
- حسام الدين الاهواني : حماية أنشطة البنوك من مخاطر إستخدام الحاسبات الإلكترونية، م، س، ص 65

(3)- وينص الفصل 88 من ق.ل.ع على أنه " كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر، وذلك ما لم يثبت : - أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر؛ وأن الضرر يرجع إما لحدث فجائي، أو لقوة قاهرة، أو لخطأ المتضرر " ، أما المادة 291 من القانون المدني الأردني فقد نصت على أنه " كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات - ميكانيكية - يكون ضامنا لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة "

- ويلاحظ من خلال الإطلاع على النصوص أعلاه أن المشرعين المغربي والأردني اتخذا توجهين مختلفين بخصوص مسؤولية حارس الشيء، فبيما قام المشرع المغربي بتعميم لفظ الأشياء دون تقييد أو تخصيص، حدد المشرع الأردني الأشياء في الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها بينما تخضع بقية الأشياء للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وقد أخذ المشرع الأردني هذا النص من المادة 178 من القانون المدني المصري، التي وضعت في مرحلة كان القضاء الفرنسي يفرق فيها بين الأشياء الخطرة والتي تتطلب عناية خاصة والأشياء غير الخطرة ويخضع الأولى وحدها لنص الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني، وقد ثار نقاش بين الفقه بخصوص المقصود بالأشياء التي تتطلب عناية خاصة، هل يقصد بذلك

وفي سعيهم لتبرير رأيهم حاول أصحاب هذا التوجه تطبيق الشروط اللازمة لقيام مسؤولية حارس الشيء على البنك، فقد تطلبت التشريعات لإقامة تلك المسؤولية شرطان، الأول يتعلق بتسبب شيء بإحداث ضرر، أي أنه من الضروري أن توجد علاقة سببية بين الشيء والضرر، ولتحديد تلك العلاقة استخلص الفقه مجموعة من المعايير من بينها معيار التدخل الإيجابي[1]، حيث يجب أن يكون الشيء سببا فعالا ومباشرا في إحداث الضرر وأن لا يكون تدخله سلبيا، ومن هنا وجد الفقه[2] أن هذا المعيار ينطبق على استخدام الأدوات الإلكترونية في إجراء عمليات التحويل، فلا شك أن تلك الأجهزة تتعرض لما تتعرض له بقية الآلات من عطب وإختلالات قد تؤدي إلى إيقاع أضرار بالزبون، وإن كان تدخل تلك الأجهزة يقتضي وجود نشاط إنساني سابق سواء من طرف المستخدم الذي يقوم بتشغيل ذلك النظام أو من طرف الزبون الذي يتعامل مع البنك من خلاله.

تلك الأشياء الخطرة بطبيعتها كالأسلحة النارية أو الأسلاك الكهربائية، أم يقصد بذلك الأشياء التي قد تصبح خطرة بظروفها وملابساتها على الرغم من أنها وفق الظروف العادية لا تكون خطرة، أنظر في ذلك :

- إياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية، م، س، ص 32 وما بعد
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 929 وما بعد
- محمد الكشبور : حراسة الأشياء طبيعتها وآثارها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1990 ص 24 وما بعد

وعلى الرغم من ترك المشرع المغربي لفظ الأشياء على إطلاقه فنجد أن المجلس الأعلى ذهب في بعض قراراته إلى التمييز بين الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والتي لا تتطلب ذلك فقد جاء في قرار له "... ومن جهة أخرى فإن المسؤولية عن حراسة الأشياء التي تقتضي حراستها عناية خاصة بحسب تركيبها الصناعي وما تحتويه من مواد خطرة، كما هو حال قنينة الغاز والتي يتوقع فيها في جميع الأحوال والظروف إحداث الضرر، تقع على الصانع ...."

- قرار المجلس الأعلى عدد 2536 والصادر بتاريخ 28/9/2005 منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد مزدوج 64-65 سنة 2006 ص 106 وما بعد

وبالنسبة للأردن فعلى الرغم من حصر المشرع للأشياء التي تقوم بموجبها مسؤولية حارسها في الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والآلات الميكانيكية، إلا أن محكمة التمييز وسعت من نطاق المسائلة لتشمل جميع الأشياء بغض النظر عن صفتها، فقد جاء في قرار لتلك المحكمة ".. أن تعريف الشئ الوارد في المادة 291 من القانون المدني ينصرف إلى كل شيء مادي غير حي.."

- قرار تمييز حقوق رقم 2002/2477 والصادر بتاريخ 06/11/2002 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)- وبالإضافة إلى هذا المعيار إعتمد الفقه على معايير أخرى لتحديد علاقة السببية بين الشيء والضرر من بينها معيار الشيء الساكن والمتحرك، وكذلك معيار الوضع غير المعتاد للشيء، ويرى بعض الفقه أنه لا يمكن تطبيق هذه المعايير على الأضرار الناتجة عن إستخدام النظام الإلكتروني في العمل البنكي، حيث إن الحاسب الآلي من الأشياء الساكنة والشيء الساكن لا يكون مصدرا للضرر فلا يمكن مساءلة البنك عن أخطاء الحاسب الآلي لأنه لا يمكن أن يكون السبب في إحداث الضرر، فهناك صعوبة إذن في إثبات نسبة الضرر إلى الحاسب الآلي وفقا لهذا المعيار، أما كون الشيء محدث الضرر في وضع مألوف أو غير مألوف في وقوع الضرر،فلا يتصور تطبيقه كذلك على الحاسب الآلي، لأنه يتواجد عادة في مكان مخصص آمن يخصص له داخل البنك، فهو عادة في وضع مألوف أثناء الاستخدام، وبالتالي لا ضرورة في اللجوء إلى هذه المعايير والتي لا تطبق على الحاسب الآلي نظرا لطبيعته الخاصة، أنظر في ذلك :

- شريف محمد غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر، م، س، ص 89
- إياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بشكل خاص، م، س، ص 78 وما بعد

(2)- شريف محمد غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر، م، س، ص 80 وما بعد

أما الشرط الثاني من شروط مسؤولية حارس الشيء فهو ضرورة أن يكون هذا الشيء في حراسة شخص معين، وهذه الحراسة يجب أن تكون فعلية وليست قانونية وحسب[1]، وتقوم فكرة الحراسة الفعلية على عنصرين، عنصر مادي يتمثل في وجوب أن يتوفر الحارس على سلطة رقابة الشيء وتوجيهه واستعماله، وعنصر معنوي يتحدد في مباشرة الشخص لتلك السلطات لحسابه الخاص ولمصلحته الشخصية دون الخضوع لرقابة وإدارة شخص آخر[2].

ولا يشترط في الحارس بشكل عام أن يكون شخصا طبيعيا بل يمكن أن تثبت الحراسة للشخص المعنوي، لكن الحراسة تمارس في هذه الحالة الأخيرة من طرف مستخدميه، والعبرة في تحديد الحارس عند اجتماع الشخص المعنوي والشخص الطبيعي هي في حيازة الركن المعنوي للحراسة، فإذا كان المستخدم يمارس سلطات الرقابة والتوجيه والاستعمال لحساب الشخص المعنوي فإن هذا الأخير هو الذي يعتبر حارسا للشيء لأن تلك السلطات تمارس لحسابه، أما إذا استعمل المستخدم تلك السلطات لحسابه الخاص فإن الحراسة تنتقل إليه[3].

---

(1)- وقد كان القضاء الفرنسي يأخذ بفكرة الحراسة القانونية حيث يجب لإعتبار الشخص حارسا أن تكون له سلطة قانونية على الشيء يستمدها من حق عيني أو شخصي متعلق بهذا الشيء، فكي يكون الشخص حارسا يجب أن تكون له سلطة على الشيء بناءا على عقد أو نص قانوني أو أي مصدر آخر من مصادر الحقوق، إلا أنه ونتيجة للإنتقادات التي وجهت لهذه النظرية تم استبدالها بنظرية الحراسة الفعلية وذلك بعد صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بدوائرها مجتمعة والمعروف بقرار (فرانك) بتاريخ 2 ديسمبر 1941، ومن ذالك الوقت أصبح تحديد الحارس يتوقف على مدى اجتماع سلطات الرقابة والتوجيه والإستعمال في الشخص بالإضافة إلى إستخدام الشيء لمصلحته الخاصة، أنظر في ذلك :

- اياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بشكل خاص، م، س، ص 116 وما بعد
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 927 وما بعد
- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، م، س، ص 354
- محمد الكشبور : حراسة الأشياء طبيعتها وآثارهام، س، ص 61 وما بعد

(2)- وقد أخذ كل من القضاء المغربي والأردني بفكرة الحراسة الفعلية، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى " .. المقصود بالحراسة الواردة في الفصل 88 من ق.ل.ع أن تكون للحارس السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه والتصرف في الشيء المتسبب في الضرر، ولم لم تكن له الحيازة المادية لذلك الشيء..". كما جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية "... وحيث أن الشيء الوارد في هذه المادة هو كل شيء مادي غير حي والحراسة هي سلطة فعلية على هذا الشيء في رقابته والتصرف بأمره وتوجيهه..."

- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 25 يوليوز 1975 ، أشار إليه : محمد الكشبور : حراسة الأشياء طبيعتها وآثارهام، س، ص 90
- قرار تمييز حقوق رقم 2007/2904 والصادر بتاريخ 02/0s6/2008 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(3)- وفي هذا الإطار جاء في قرار للمجلس الأعلى " حقا فلما أكانت وقائع هذه الدعوى كما هي معروضة في القرار المطعون فيه والحكم الابتدائي المؤيد أن الهالك لم يكن في حالة تبعية للطاعن أثناء الحادث إذ كان يستعمل آلة النجارة التي أودت بحيته بنفسه ولمصلحته الخاصة ولهذا فلا مجال لمساءلة الطاعن عن هذا الحادثة على أساس المسؤولية بمقتضى الفصل 88 من ق.ل.ع المتعلق بمسؤولية حارس الشيء لأن استعمال الضحية بنفسه الضحية بنفسه للآلة ولمصلحته بنفي عن مالكها صفة الحارس لها ولهذا فإن المحكمة لما اعتبرته مسؤولا مسؤولية حارس الشيء ودون أن تجيب على الدفع بعدم المسؤولية على هذا الأساس وأضافت بأنه لم يتخذ

ويرى بعض الفقه[1] أن البنك يعد حارسا فعليا للنظام الذي يستخدمه لتقديم خدمات التحويل الإلكتروني، حيث يمارس السيطرة الفعلية على هذا النظام، فيستعمله ويوجهه لتنفيذ أوامره من خلال مستخدمين تابعين له، فسلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة متحققة في حيازة البنك لهذا النظام، فالبنك هو الذي يستخدم النظام الإلكتروني وهو الذي يفيد منه في نشاطه، ومن ثم فهو يتمتع بسلطة الاستعمال، وبالإضافة إلى ذلك يمارس البنك سلطة التوجيه، حيث يملك سلطة إصدار الأوامر إلى هذا النظام أثناء تنفيذه لأمر العميل، لهذا يمكن إقامة مسؤولية البنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني باعتباره حارسا للنظام الإلكتروني، مما يجعل بالإمكان إعفاء الزبون من إثبات خطأ البنك وتقرر له الحماية والتعويض عن الضرر اللاحق به، إذا ما اعتبرنا أن هذا النوع من المسؤولية تقوم على أساس تحمل التبعة والتي لا تعطي البنك إمكانية التنصل من الضرر اللاحق بعملائه بسهولة[2] كما لو تمت إقامتها على أساس الخطأ المفترض أو الواجب الإثبات[3].

الاحتياطات اللازمة دون أن تبين ما هي هذه الاحتياطات التي كان عليه القيام بها يكون قضاؤها ناقص التعليل يوازي انعدامه ويتعرض بالتالي قرارها للنقض"

- قرار المجلس الأعلى عدد975 صادر بتاريخ 13/3/1985 منشور بمجلة الحامي عدد 7 سنة 1985 ص 103

(1)- أنظر في ذلك :

- شريف محمد غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر، م، س، ص 80 وما بعد
- حازم نعيم الصمادي : المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، م، س، ص 100

(2)- أنظر عكس هذا الاتجاه :

- محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية القانونية في مجال شبكة الإنترنت، دار النهضة العربية، لقاهرة، 2002 ص 109

(3)- والحقيقة أن أساس مسؤولية حارس الشيء محل خلاف في القانون المغربي ناتج بدرجة أولى عن تفسير عبارة (فعل ما كان ضروريا لتفادي الضرر) والواردة في الفصل 88 من ق.ل.ع كأحد أسباب الإعفاء من المسؤولية، فهناك في الفقه من يرى بأن أساس مسؤولية الحارس تقوم على النظرية الموضوعية سواء كانت تحمل التبعة أو الضمان، بينما يرى أغلبية الفقه المغربي أن أساس تلك المسؤولية تقوم على الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، أنظر في الفقه المناصر للمسؤولية الموضوعية :

- محمد الكشبور: حراسة الأشياء طبيعتها وأثارها، م، س، ص 56
- عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني، م، س، ص 174.
- عبد القادر الرافعي : مسؤولية الحارس والمتبوع في القانون المدني المغربي،منشور بمجلة المحاماة، عدد 19 سنة 1983 ، ص 80

وأنظر في الفقه المساند لفكرة الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية الحارس في القانون المغربي:

- محمد الأمراني زنطار: تشطير التعويض بين المسؤولية الخطئية والمسؤولية المفترضة مواقف القضاء وردود الفقه، المطبعة والوراقة الوطنية ، مراكش ، 2001، ص 316
- المختار عطار : الوسيط في القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء 2002 ص344
- مأمون الكزبري : نظرية الإلتزام في ضوء قانون الإلتزامات والعقود، م س، ص 78
- أحمد الخمليشي : دفع المسؤولية عن الأشياء في ظل المادة 88 من قانون الإلتزامات والعقود لفعل ما هو ضروري لتفادي الضرر ، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والإقتصاد ع 3 ديسمبر 1977،ص 9

فوفقا للقاعدة العامة للمسؤولية القائمة على الخطأ يتوجب على العميل المتضرر أن يثبت خطأ البنك حتى ينال التعويض، وأن يثبت كذلك أن هذا الخطأ هو الذي أدى إلى الضرر، ولا شك أن اكتشاف موطن الخطأ المؤدي إلى الضرر أمرا صعبا إن لم يكن مستحيلا، ولن يحصل المتضرر على التعويض، وهذا ما يتنافى مع مبادئ العدالة والتضامن الاجتماعي، لهذا ينظر إلى الضرر باعتباره خللا يصيب التنظيم الإجتماعي، وبالتالي ينبغي المحافظة على هذا الأخير بإزالة الضرر عن طرق جبره بغض النظر عن وجود الخطأ من عدمه[1].

- عبدالواحد العلمي : أساس المسؤولية عن الأشياء ووسيلة دفعها في التشريع المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بالدار البيضاء ، جامعة الحسن الثاني 1981 ص 54 وما بعد
- عبد الرحمن مصلح الشرادي : الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية الشخصية ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط،2001
- هشام فرعون : النظرية العامة للإلتزام في التشريع المغربي ، مطبعة الكتاب بفاس ، الجزء الأول ،1981 ص 305

أما بالنسبة للقانون الأردني فإن هناك من الفقه من حاول إقامة مسؤولية حارس الشيء بناءا على قواعد المسؤولية الموضوعية، أنظر في أساس مسؤولية حارس الشيء في القانون الأردني :

- عبد العزيز اللصاصمة : المسؤولية المدنية التقصيرية، م، س، ص 242
- أحمد عبد الكريم أبو شنب : الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.arablawinfo.info

وبالنسبة للقضاء في كل من المغرب والأردن فإنه يلاحظ أنه اختار فكرة الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية حارس الشيء، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى "....لكن خلافا لما أثارته الطاعنة فإن محكمة الإستئناف لما تبين لها أن الدعوى مؤسسة على مقتضيات الفصل 88 من ق.ل.ع والذي يجعل المسؤولية مفترضة في حق حارس الشيء إلا إذا أثبت أنه فعل ما كان ضروريا لتفادي الضرر وأن الضرر يرجع لحادث فجائي أو لقوة قاهرة أو لخطأ المضرور.."، كما جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية ".. اشترط القانون لقيام المسؤولية عدم اتخاذ الحيطة والحذر لدرئ وقوع الضرر بالآخرين وأن مسؤولية حارس الشيء في القانون المدني هي مسؤولية مفترضة بحكم القانون ، وأن المسؤولية المقررة في المادة 291 من القانون المدني تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء....."

- قرار المجلس الأعلى عدد 3183 الصادر بتاريخ 20/9/2001 والمنشور بمجلة القضاء والقانون، الإصدار الرقمي، عدد 59-60 دجنبر 2004ص 57
- قرار تمييز حقوق رقم 2005/3365 والصادر بتاريخ 16/04/2006 منشور بالموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)- أنظر في الفقه المناصر لهذا التوجه:

- شريف محمد غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر، م، س، ص 80 وما بعد
- حازم نعيم الصمادي : المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار الناجمة عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، م، س، ص 100
- ضياء علي نعمان : المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاء الإلكتروني بالبطاقات البنكية، م، س، ص 145.
- نوري خاطر : مسؤولية المصرف عن استخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية ، م، س، ص 1812
- حسام الدين الاهواني : حماية أنشطة البنوك من مخاطر إستخدام الحاسبات الإلكترونية، م، س، ص 65
- فايز نعيم رضوان : بطاقات الأداء، م، س، ص 144
- نزيه الصادق المهدي : الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر، م، س، ص 524
- غادة عماد الشربيني : المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية، م، س، ص 310

لكن إذا كان يمكن الاتفاق مع هذا التوجه في أن الضرر الواقع للزبون يجب أن لا يبقى دون تعويض فإنه لا يمكن الاتفاق معه في أن ذلك يبرر الاعتماد على قواعد المسؤولية التقصيرية عن الأشياء داخل النطاق العقدي الذي يؤطر العلاقة بين البنك والزبون، فهذا النوع من المسؤولية يفترض أن يكون المضرور أجنبيا عن حارس الشيء وهو الافتراض المبدئي الذي بنيت عليه المسؤولية عن الأشياء[1]، أما إذا ارتبط الحارس والمضرور بعقد فإن القواعد العامة للمسؤولية العقدية هي التي تحكم هذا النوع من الأضرار، لهذا فمن التعسف إقحام قواعد المسؤولية التقصيرية في إطار علاقة البنك بعملائه.

وليس الهدف من هذا القول الدفاع عن فكرة ازدواجية المسؤولية المدنية[2] واعتبار الخطأ هو الأساس الوحيد لها، فحماية الزبون المتعاقد مع البنك يجب أن تكون أسمى من كل تلك الاعتبارات، إلا أن ذلك يجب أن لا يؤدي بنا إلى تحميل النصوص القانونية ما لا تحتمله، والخروج عن قصد المشرع وغايته من وضعها، وإذا كانت الغاية من إعتبار البنك مسؤولا بصفته حارسا للنظام الإلكتروني هو الإستفادة من الأساس القانوني الذي تقوم عليه، فإن إستقرار القضاء على إعتبار أساسها هو الخطأ المفترض يفرغ الحماية التي يبتغيها الإتجاه السابق من مضمونها لأن البنك يستطيع دائما نفي وقوع الخطأ من جانبه خصوصا إذا ما علمنا أن معظم إلتزاماته هي إلتزامات ببذل عناية.

ومن خلال كل ما سبق يتضح أن حماية العميل من مخاطر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني ليس بالأمر السهل في ظل الإعتماد على قواعد المسؤولية المدنية بشكلها التقليدي كما سبق بحثها، فبالإضافة إلى تشتت الآراء وتعدد التوجهات الفقهية والقضائية في كل فرع من فروعها، يصبح الإشكال أكثر حدة عند محاولة تطبيقها على النشاط البنكي الذي يتميز بدوره بتعقد وتشابك العمليات والعلاقات الناشئة عنه، الشيء الذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى إحداث تداخل بين قواعد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، ولا يعني ذلك عدم صلاحية قواعد المسؤولية المدنية للتطبيق على النشاط البنكي، كل ما في الأمر أنه يجب الأخذ بعين الإعتبار خصوصية هذا النشاط من الناحيتين الإقتصادية والإجتماعية، والتي أدت إلى تراكم العديد من المعطيات والظروف جعلت المسؤولية التي تقوم بصددها تتخذ كذلك نوعا من الخصوصية بدورها.

---

(1)- أنظر في ذلك :
- إياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بشكل خاص، م، س، ص 280
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 932

(2)- مما لا شك فيه أن الفقه الذي ينادي بتطبيق قواعد المسؤولية عن الأشياء في ظل وجود رابطة عقدية إنما يدعو إلى توحيد المسؤولية المدنية وإنهاء تقسيمها إلى عقدية وتقصيرية، ولا شك كذلك أن مثل هذه الأفكار لا زالت متعثرة وغير قابلة للتطبيق من الناحية العملية، وفي نفس المعنى :
- نوري خاطر : مسؤولية المصرف عن استخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية ، م، س، ص 1804

الفرع الثاني

التوجهات الحديثة في المسؤولية المدنية للبنوك وأثرها على عمليات التحويل

إن توفير قدر من الحماية للعميل المضرور وتيسير حصوله على تعويض للأضرار التي ألمت به، يتطلب بداية عدم تحميله مشقة إثبات صدور خطأ من طرف البنك، أو على الأقل تيسير هذه المهمة له، وهو ما لا يتيحه نظام المسؤولية المدنية وفقا لقواعدها التقليدية نظرا لكون الخطأ يشكل ركنا أساسيا فيها، بالإضافة إلى أن إثبات هذا الخطأ يكون على عاتق الشخص المضرور.

وصعوبة الإعتماد على القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية لإيجاد أساس لمسؤولية البنك عن الأنشطة التي يمارسها عموما وعن عمليات التحويل الإلكتروني على الخصوص راجع إلى كون تلك القواعد لم توضع في الأصل لتطبق على العمليات البنكية ولا على مؤسسات بحجم المؤسسات البنكية، فهذه المؤسسات منظمة بمقتضى قواعد قانونية خاصة إلى جانب مجموعة من الأعراف والعادات المهنية الصحيحة تحدد الممارسة السليمة لأنشطتها، وهي تمارس أعمالا ذات مخاطر استثنائية، إزدادت حدتها في ظل الإعتماد الكبير على التكنولوجيا الحديثة في ممارسة تلك الأعمال.

وبناءا على ما سبق سنقوم في هذا الفرع بدراسة التوجهات الحديثة لمسؤولية البنوك المدنية في (المبحث الأول)، قبل أن نبين خصائص المسؤولية المدنية للبنوك عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال ونحاول تحديد الأساس القانوني الملائم الذي تقوم عليه في ظل التشريعات الوطنية والمقارنة في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تطور المسؤولية المدنية للبنوك وعمليات التحويل الإلكتروني

مع التطور التجاري والصناعي الذي شهده العالم في القرن العشرين، برزت وتعمقت ظاهرة الاحتراف والتخصص، وأصبح لها تأثير كبير على تحديد المركز القانوني للشخص الذي يمارس نشاطا معينا وطبيعة النشاط الذي يمارسه، بما أثار موضوع العدالة القانونية في نظام المسؤولية المدنية، فالشخص الذي يحترف نشاطا لا يجب أن يعامل كالشخص العادي، والذي يمارس أعمالا ذات خطورة نسبية، يجب أن يمتلك من الإمكانات ما يحد بواسطته من تلك الخطورة.

هذا الأمر أدى إلى ظهور بعض التوجهات الحديثة تدعو إلى التشديد من مسؤولية هؤلاء الأشخاص، من خلال تحوير قواعد المسؤولية المدنية بالشكل الذي يتناسب مع المركز القانوني الذي يمثلونه باعتبارهم أشخاص مهنيين (المطلب الأول)، أو باعتبارهم يمارسون أعمال ذات خطورة استثنائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المسؤولية المدنية للبنك باعتباره مهنيا

إن العمليات التي تقوم بها البنوك تستمد كيانها وتثبت وجودها وتؤكد على حضورها بواسطة عنصر الثقة التي يوليها العملاء له، ويأخذ هذا العنصر أبعادا عديدة، من أهمها الأمان والكفاءة والمعرفة والدراية والخبرة وما إلى ذلك من الأبعاد التي تتوفر في البنك ومستخدميه، لهذا فإن اعتبار البنك شخصا مهنيا ليس مجرد افتراض نظري وحسب، بل نتيجة للظروف والعوامل التي تحيط بالعمل البنكي وتؤثر على حدود التزاماته في مواجهة العملاء (الفقرة الأولى)، والتي من شأنها أن تؤثر على قواعد مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي تحدث لهم نتيجة لممارسته أنشطته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الظروف المؤثرة في حدود التزامات البنك في مواجهة عميله

تحيط بالعمل البنكي مجموعة من الظروف والاعتبارات التي من شأنها أن تترك تأثيرا على حدود التزامات البنك تجاه زبائنه، فهذه الالتزامات بداية لا تجد مصدرها في العقد الرابط بين البنك وعملائه وحسب، إنما يتميز العمل البنكي بشكل عام بتعدد مصادر القاعدة القانونية التي تنظمه (أولا)، ومن جهة أخرى فإن بعض العوامل الخارجية المحيطة بأعمال البنوك تؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد التزامات البنك في مواجهة عملائه (ثانيا).

أولا : تعدد مصادر القاعدة القانونية المحددة لالتزامات البنك

يشكل العقد الذي يبرمه البنك مع الزبون بخصوص إحدى وسائل التحويل البنكي الإلكتروني الأساس الذي تتحدد بواسطته التزامات كل من الطرفين في مواجهة الآخر، ففيه يتم تفريغ الأحكام التي تنظم العلاقة بينهما، ومن خلال مخالفتها تتحدد مسؤولية كل منهما، إلا أن هذا العقد لا يعتبر المصدر الوحيد لتلك الالتزامات[1]، فتوجد العديد من المصادر التي يمكن استقاء بعض القواعد القانونية المنظمة لعلاقة البنك بالزبون في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني منها[2]، ومن بينها :

---

(1)- وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن العقود التي تبرمها البنوك مع عملائها وعلى سبيل التحديد تلك المتعلقة بعمليات التحويل البنكي الإلكتروني لا تتضمن سوى الشروط المتعلقة باستعمال أداة التحويل والمميزات التي توفرها للمستخدم بالإضافة إلى الإلتزامات التي تقع على عاتق الزبون والشروط الأخرى التي يسعى البنك من خلالها إلى حماية نفسه كشروط تحديد المسؤولية والإعفاء منها، ودون أن تشير إلى الالتزامات التي تقع على عاتق البنك، ولعل هذا الأمر ما يبرر الرجوع إلى المصادر الأخرى للقواعد القانونية التي تحدد التزامات الأطراف تجاه بعضهم البعض في تلك العمليات، وبالخصوص لتحديد التزامات البنك في مواجهة عملائه.

(2)- وقد أطلق الفقه على مجموع القواعد التي تنظم النشاط البنكي مصطلح القانون البنكي، والمشتق من القانون التجاري بالمعنى العام له، فهذا الأخير ينص على تجارية جميع أعمال البنوك وينظم كثيرا منها، وعلى الخصوص الأوراق التجارية التي تحتل أهمية بالغة في عمل البنوك، إلا أن القانون البنكي حسب هذا الفقه يعد أوسع نطاقا من القانون التجاري، ذلك أنه ينظم تنظيما دقيقا مهنة البنوك ويقوم على إعتبارات من المصلحة

1 - القواعد التشريعية والتنظيمية

إن عدم وجود تنظيم قانوني خاص بعمليات التحويل البنكي الإلكتروني دفع أطراف العلاقة إلى تنظيم علاقتهم بواسطة الروابط العقدية، لكن هذا التنظيم التعاقدي لا ينفي إمكانية تطبيق العديد من النصوص القانونية عليها، فتقوم مسؤولية البنك تجاه عميله عند مخالفتها، لأن العمليات البنكية مترابطة ومتداخلة مع بعضها البعض مما سيجعل من الممكن الإعتماد على العديد من القواعد القانونية المتعلقة بالعمليات المنظمة قانونا والمرتبطة بشكل أو بآخر بعمليات التحويل(1).

وتشكل قواعد القانون المدني الشريعة العامة التي تطبق على جميع التصرفات القانونية حتى التجارية منها ما لم يوجد نص خاص يطبق عليها، كما أنها تعد أحد المصادر القانونية الهامة التي تحكم العلاقة التي تجمع بين البنوك وعملائها، خصوصا فيما يتعلق بالقواعد العامة للتعاقد وما يرتبط بآثار العقود من إثبات ومسؤولية وغيرها، وإلى جانب ذلك فقد قام المشرع بتنظيم بعض العقود ضمن قواعد القانون المدني والتي عادة ما يتم اللجوء إليها لوضع التكييف القانوني المناسب للعلاقة التي تجمع بين أطراف العملية البنكية، كعقد الوكالة على سبيل المثال الذي يعتبر أساس العلاقة بين البنك وزبونه في عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.

وبالإضافة إلى النصوص التشريعية المختلفة التي تنظم بعض جوانب العمل البنكي، فقد كلف المشرع بعض الجهات بمهمة تنظيم القطاع البنكي والإشراف على العمليات التي

العامة تختلف عن تلك التي يقوم عليها القانون التجاري، وهو يتمتع باستقلال يبرره موضوع النشاط الذي ينظمه، وإن كان لا يتمتع باستقلالية من الناحية المادية، ذلك أنه قام ولا يزال قائما على أرضية القانون التجاري والقانون المدني، لكنه اكتسب تدريجيا مزايا خاصة به بسبب طبيعة القواعد التي يتضمنها والعمليات التي ينظمها والأدوات والتقنيات التي يستخدمها، يراجع:

- علي جمال الدين عوض : عمليات البنك من الوجهة القانونية، م، س، ص 15
- عائشة الشرقاوي المالقي : الوجيز في القانون البنكي المغربي، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، 2004 ص 11

(1)- فالعميل الذي يريد أن يستفيد من إحدى خدمات التحويل البنكي الإلكتروني يلجأ إلى البنك لكي يقوم بفتح حساب قابل للتشغيل قبل كل شيء، فيتم تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالحسابات البنكية ويتحمل البنك بكافة الإلتزامات التي يتطلبها فتحه لهذا الحساب كالتحقق من هوية الزبون وأهليته، لكن الارتباط بين علاقة البنك بزبونه بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني ومختلف العقود التي تجمع بين البنك والزبون، كعقد فتح الحساب وعقد الوديعة أو فتح الاعتماد لا يؤدي إلى تطبيق أحكام هذه العقود الأخيرة إلا فيما يتعلق بحدود كل منها، فالإلتزامات المتعلقة بها لا تتداخل مع إلتزامات البنك بخصوص وسائل التحويل البنكي الإلكتروني لأن العلاقة التي تجمع البنك بالزبون لا تنظم سوى الكيفية التي يتم فيها إستخدام هذه الوسائل وحقوق وإلتزامات كل طرف من الأطراف بخصوصها، فوسائل التحويل الإلكتروني ما هي إلا أدوات للتعامل في الأموال الموجودة في حساب الزبون المفتوح لدى البنك سواء كان مصدر هذه الأموال وديعة أو اعتماد، والعقد المبرم بخصوصها ينظم أحكام إستخدامها فقط ولا يتعدى ذلك ليتداخل مع عقد الوديعة أو الاعتماد، لذا فلا يمكن القول بتطبيق أحكام الوديعة أو الإعتماد على وسائل التحويل البنكي الإلكتروني، بل إن هذه الأحكام تتطبق على الوديعة نفسها وعلى الإعتماد نفسه وليس على أداة التعامل فيهما، أنظر عكس ذلك :

- فايز نعيم رضوان : بطاقات الوفاء، م، س، ص 39 وما بعد

تقوم بها البنوك تحقيقا للسياسة المالية والاقتصادية المسطرة من طرف الدولة كالبنك المركزي، والذي يلعب دورا كبيرا في بناء الثقة بين البنوك والأشخاص الذين يتعاملون معها[1]، من خلال ما يقوم بإصداره البنك المركزي من تعليمات وتوجيهات لتنظيم بعض العمليات التي تقوم البنوك بممارستها، آخذاً بعين الاعتبار مصلحة كل من البنك والعملاء[2].

---

(1)- ولا تطرح الحجية القانونية لهذه التعليمات والتوصيات أي إشكال إذا ما قام البنك المركزي بإصدارها بالإستناد إلى نص قانوني يخول له ذلك، فهي في هذه الحالة تستمد قوتها الإلزامية من قوة النص القانوني سواء في مواجهة البنك أو العملاء، أما بالنسبة للتعليمات والدوريات التي تصدر بناءا على السلطة الرقابية والإشرافية للبنوك المركزية فهي تعتبر ملزمة للبنوك نظرا لصدورها من طرف سلطة تختص بتنظيم القطاع البنكي والإشراف عليه وللعميل أن يتمسك بها في مواجهة البنك، وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بفاس " وحيث نعى الطاعن أيضا على تقرير الخبرة اعتماده دورية والي بنك المغرب المؤرخة في 1995/12/6 للقول بأن تاريخ حصر الحساب هو 2001/11/15 أي بعد سنة من آخر عملية و الحال أن البنك لم يحصر الحساب إلا بتاريخ 2004/6/28 حسب الثابت من كشف الحساب الذي يعتبر حجة بموجب القانون مضيفا انه لا يسوغ الاحتجاج ضد البنوك بالدورية المشار إليها أعلاه، لكن حيث إن الدورية التي اعتمدها الخبير صادرة عن السلطة المالية المختصة بمراقبة الابناك و تعتمد التقاليد و الأعراف البنكية الجاري بها العمل و التي تعتبر مصدرا للقانون و لها نفس الزاميته خاصة في المجال التجاري."

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 1356الصادر بتاريخ 20-09-2007 (غير منشور)

أما بخصوص مدى إلزامية ودوريات البنك المركزي في مواجهة العملاء، فإن بعض الفقه يرى بأنه إذا كانت مثل هذه الدوريات صحيحة فإنه تلزم الكافة، البنوك وعملائها على السواء باعتبارها جزء من التنظيم القانوني للعمل البنكي ، ومع إحترامنا وتقديرنا للرأي السابق فإنه من غير المعقول أن يتم إلزام الزبون بتلك الدوريات والقرارات إلا إذا قبلها صراحة في العقد المبرم بينه وبين البنك، فالبنك المركزي يعد سلطة إدارية في مواجهة البنوك وليس في مواجهة عملاء تلك البنوك، أنظر :

- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 18

وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بفاس "... لكن حيث إن الخبير المنتدب في النازلة أشار في تقريره أن حساب المدين بالاطلاع مدين بمبلغ 132.752,55 درهم أصلا وفوائد إلى غاية تحويله إلى قسم المنازعات بتاريخ 1996/8/13 وانه لا محل لمنازعة البنك المستأنف في تقرير الخبرة والمطالبة بإجراء خبرة مضادة لتحديد الدين المطالب به إلى غاية حصر الحساب من طرفه في 2006/1/10 استنادا إلى دورية والي بنك المغرب المتعلقة بتصنيف الديون المتعثرة أو المعلقة الأداء لأنها صدرت من طرف والي البنك المذكور في إطار سلطته الرقابية على نشاط مؤسسات الائتمان وهي تتضمن مجموعة قواعد احترازية لكيفية التعامل مع الديون المتعثرة ولا تعني الزبون كما إنها ليست قانونا ملزما للقضاء وواجبة التطبيق..."، وفي نفس الإطار جاء في قرار صادر ع محكمة الإستئناف التجارية بمراكش "... وحيث إنه بالنسبة للوسيلة الثانية للاستئناف المتخذة من انعدام التعليل وخرق حقوق الدفاع يجدر القول بأن دورية بنك المغرب المحتج بها باعتبارها إطارا تنظيميا بين المؤسسات البنكية وبنك المغرب ليس من بين بنودها ما يفيد أنها تسري حتى على زبناء هذه المؤسسات الذين لا يتقيدون عموما إلا ببنود العقود التي يبرمونها معها في الإطار القانوني.."

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 944 الصادر بتاريخ 2009/6/18 (غير منشور)
- قرار محكمة الإستئناف التجارية بمراكش رقم 08/98 الصادر بتاريخ 2009-01-22 (غير منشور)

(2)- انظر في الدور الذي يقوم البنك المركزي في تنظيم ومراقبة القطاع البنكي :

- غريب الجمال : المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الإتحاد العربي، 1978، ص 19 وما بعد
- عائشة الشرقاوي المالقي : البنوك الإسلامية، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، المركز الثقافي العربي، 2000، ص 116 وما بعد
- محمد لفروجي : القانون البنكي المغربي وحماية حقوق الزبناء، م، س، ص 98 وما بعد

وتبرز أهمية الدور الذي يقوم به البنك المركزي في الوقت الذي قد يؤدي فيه الإعتماد على المساطر المعقدة لإصدار التشريعات وتعديلها وإلغائها إلى الوقوف في وجه تطور العمليات البنكية وجمود أحكامها، في ظل التطورات المتلاحقة التي يشهدها العمل البنكي واعتماده المتزايد على تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، لهذا فإن المشرع قد يتخلى عن تنظيم بعض العمليات لصالح البنك المركزي الذي يقوم بإصدار تعليماته ومناشيره بشأنها، تتميز ببساطة المسطرة المتبعة لإصدارها وتعديلها وفقا لحاجيات العمل البنكي.

2 – الأعراف والعادات المهنية

تتخذ الأعراف والعادات المهنية مكانة متميزة في إطار العمليات البنكية، لأن هذه الأخيرة شأنها شأن بقية الأعمال التجارية نشأت وتطورت في ظل هذه الأعراف، وبعد أن استقر العمل بها فترة من الزمن نشأ في أذهان أطرافها أنها ملزمة، وأصبحت هناك حاجة إلى ضرورة تدوين بعض هذه الأعراف ووضعها ضمن قوالب القانون بينما بقيت الكثير منها غير مكتوبة.

وعلى عكس التشريعات التي تتسم بالجمود والقصور في بعض الأحيان، فإن العادات والأعراف لا تتوقف عن التطور تبعا لتطورات الأعمال التجارية والبنكية، ومما يلاحظ أن هذه الأعراف والعادات أصبحت سريعة الاستقرار والزوال وخصوصا في العمليات التي يتم الإعتماد فيها على التكنولوجيا الحديثة المتطورة باستمرار كعمليات التحويل البنكي الإلكتروني[1].

والعادات والأعراف المهنية تستمد قوتها الإلزامية من استمرار العمل بها من طرف أفراد المهنة البنكية[2]، بحيث تفرض سلوكا واجبا إذا تحققت الظروف العادية للحالة التي

(1)– فعلى سبيل المثال كان مستقرا قبل فترة وجيزة نسبيا في إطار استخدام بطاقة الأداء البنكية أن البنك المصدر للبطاقة يضمن الوفاء للتاجر بالعمليات التي يقوم الزبون بإجرائها بإستخدام البطاقة، الأمر الذي كان يرجع إلى عدم وجود وسيلة آنذاك تمكن التاجر من معرفة مدى كفاية رصيد الزبون في الحساب المفتوح لدى البنك لتغطية النفقات التي يجريها لديه، لهذا كان البنك يلتزم للتاجر بأن يقوم بسداد تلك النفقات ضمن حدود مبلغ معين يسمى ضمان الأساس، لكن نظرا للتطورات التكنولوجية المتلاحقة فقد أصبح بإمكان التاجر معرفة مدى كفاية رصيد الزبون لدى البنك من خلال تمرير البطاقة على جهاز يتكفل بالإتصال بالبنك الذي يمسك حساب الزبون لمعرفة مدى كفاية رصيده، وفي حالة وجود أي خطأ فإن الجهاز يظهر رسالة على شاشته تتضمن أسباب عدم قبول البطاقة من طرف البنك، فلم يعد هناك حاجة لضمان الأساس طالما أن التاجر يتصل إلكترونيا بالبنك الذي يخبره بأن يقبل البطاقة من عدمه، الشيء الذي أصبح معه الضمان لاحقا لإستخدام البطاقة وليس سابقا له، وهذا الأمر إن دل على شيء فإنه يدل على مدى قدرة الأعراف والعادات البنكية على مواكبة وتيرة العمل البنكي المتطور بشكل سريع تبعا لما يتم الإعتماد عليه من تقنيات خاصة به، أنظر في دور الأعراف في العمل البنكي :

- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 19 ما بعد
- عائشة الشرقاوي المالقي : الوجيز في القانون البنكي المغربي، م، س، ص 16

(2)– ولا شك أن العادات المهنية والأعراف البنكية تعتبر ملزمة لكل من البنك والعميل على السواء وأساس إلزامها هو الرضا الضمني للأطراف بها، وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بفاس

تحكمها، لهذا يجب لاعتبار أمر ما عادة أو عرفا أن يستقر حكمها بحيث يفترض عدم قابليتها للجدل أو الخلاف ويتوحد الاتجاه نحو ضرورة إتباعها، كما يجب أن تكون تلك العادة أو العرف ممارسا من طرف الغالبية العظمى لأفراد المهنة البنكية، ولا تكفي الممارسة الفردية لسلوك معين لاعتباره عادة.

إذن من خلال ما سبق يتضح جليا أن عدم وجود تشريع خاص بعمليات التحويل البنكي الإلكتروني لا يعني عدم وجود تنظيم قانوني ينظم بعض جوانبها(1)، كما أن وجود عقد يجمع بين البنك وزبونه لا يعني اقتصار التنظيم القانوني لهذه العمليات على هذا العقد وحده، فتوجد العديد من المصادر التي يمكن استقاء بعض القواعد القانونية التي تتضمن بعض الالتزامات التي تقع على عاتق البنك هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يؤخذ بعين الاعتبار كون البنك شخص مهني محترف عند مراقبة كيفية تنفيذه للالتزامات التي تقع على عاتقه.

ثانيا : العوامل الخارجية المؤثر في حدود التزامات البنك تجاه العملاء

تستلزم ممارسة الأنشطة المالية التي تضطلع بها البنوك قدرا معينا من المعرفة والتخصص بأصولها ومتطلباتها من الناحيتين الفنية والقانونية في الشخص الممارس لها، لهذا قصرت التشريعات الحق في ممارسة تلك الأنشطة على المؤسسات التي تتوافر فيها مجموعة من الشروط التنظيمية والمالية الخاصة، حرصا على ضمان حقوق الأشخاص المتعاملين معها وضمانا لاستقرار الاقتصاد الوطني، وبهذا أصبح البنك يمارس بكل

"حيث أنه من الثابت قانونا أن البنك يسأل اتجاه الزبون إذا أخل بواجب يفرضه عليه القانون أو العادات المهنية الصحيحة"

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 1033 الصادر بتاريخ 2009/6/30 (غير منشور)
كما جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء "..... وان منازعة المستأنف تبقى عديمة الجدية سيما وانه لم يسبق له أن نازع في الكشوف الحسابية وخاصة في البيانات والتقييدات في الأجل المعمول به في الأعراف والمعاملات البنكية وهو 30 يوما من تاريخ توجيه كشف الحساب..". وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة "..... وحيث يتضح من السير التسلسلي للوقائع المكونة للنزاع أن البنك حين صرف قيمة الشيك في العمود المتعلق بالدائنية كان من اجل التسهيلات والمساعدات التي يمنحها لزبونته،وانه حين تبين أن الشيك لم يستخلص قيمته سجل البنك قيمته في العمود المتعلق بالمدينية، وحيث إن عمل البنك المذكور أعلاه كان طبقا للقواعد والأعراف المعمول بها في المعاملات البنكية،وانه بعمله ذلك لم يقم بأي عمل خارج القانون والعرف البنكي يمكن أن يشكل خطئا منه تجاه المستأنفة...".
- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2005/352 والصادر بتاريخ 2005/02/01 (غير منشور)
- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2003/541 والصادر بتاريخ2003/02/10(غير منشور)

(1)- وبالإضافة إلى القواعد التشريعية والتنظيمية والأعراف والعادات البنكية، فإن هناك مصادر أخرى للقاعدة القانونية التي تنظم بعض العمليات البنكية، كالاتفاقيات الدولية التي تعتبر المصدر الرئيسي لبعض العمليات البنكية كالإعتماد المستندي على سبيل المثال الذي تنظمه القواعد الموحدة للإعتماد المستندي الواردة في النشرة رقم (600) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في منظمة الأمم المتحدة، كما أن القضاء بدوره يلعب دورا هاما في خلق بعض القواعد القانونية التي تنظم بعض العمليات البنكية من خلال ما يصدره من أحكام وقرارات في هذا الشأن، أنظر في دور الإتفاقيات الدولية والقضاء في تنظيم بعض العمليات البنكية :
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 21 وما بعد

استقلالية مهنة تخضع لتنظيم خاص بها، يحتل من خلالها وضعية تجعله يحوز ثقة العامة به، بل ويمتلك نوعا من الاحتكار الفعلي والقانوني لغالبية العمليات البنكية الهامة التي يقوم بها.

وكون البنوك تمارس عملياتها في إطار مهنة كغيرها من المهن الحرة التي يقوم بها أشخاص متخصصون (كالطبيب والمحامي والموثق...وغيرهم)، يمتلكون من المعرفة والدراية بأصول أنشطتهم ما لا يمتلكها غيرهم، ومحاطين بمجوعة من القواعد واللوائح الخاصة بتنظيم سير المهنة التي يمارسونها، يضع البنك في مركز قانوني يميزه عن غيره من الأشخاص العاديين بصفته ينتمي إلى طائفة خاصة من طوائف المجتمع هي طائفة المهنيين المحترفين(1).

واحتراف البنك يعني أن نشاطه المعتاد يتركز في القيام بإبرام عقود معينة وتنفيذها، بحيث يعتمد على هذا النشاط في تحقيق الربح، ومفهوم الاحتراف ينطوي على قيام الشخص بتكرار وممارسة مهنة أو نشاط معين بشكل منتظم ومستمر بحيث يصل إلى درجة عالية من التخصص والدراية بثنايا وخبايا تلك المهنة أو النشاط الذي يمارسه(2)، حيث يعتبر عنصر الخبرة والمعرفة الفنية من أهم العناصر التي تميز الشخص المحترف عن غيره من الأشخاص.

فالبنك يظهر للمتعاملين معه منذ البداية بمظهر الشخص المحترف مما يعطي انطباعا لهم بأنه ذو خبرة ودراية كاملتين بأصول النشاط الذي يمارسه(3)، الشيء الذي يجعلهم

(1)- وقد ميز بعض الفقه بين مفهوم الشخص المهني الذي يمارس مهنة حرة كالطبيب والمحامي وبين الشخص المحترف الذي ليس بالضرورة أن يكون مهنيا، فالعنصر المميز للشخص المحترف هو مقدار الدراية والخبرة التي يتوفر عليها في أصول النشاط والفن الذي يمارسه، فالطبيب الذي لا يمارس مهنته على سبيل الإعتياد والإنتظام ودون أن يكون قد إكتسب الخبرة والتفوق في مهنته لا يمكن وصفه بأنه محترف، لذلك فإنه يمكن تصور وجود مهني محترف ومهني غير محترف، أنظر في ذلك :

- معتز نزيه محمد الصادق المهدي : المتعاقد المحترف، مفهومه والتزاماته ومسؤولياته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009 ص 23

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003 ص 3

(2)- وقد عرف بعض فقه القانون التجاري الإحتراف عند تناوله لتحديد صفة التاجر بأنه "ممارسة الأعمال التجارية على سبيل الإعتياد والتكرار وبصفة منتظمة ومستمرة مع اتخاذها مهنة للحصول على مورد الرزق"، كما عرفه البعض الآخر بأنه" توجيه النشاط على نحو رئيسي ومعتاد إلى القيام بأعمال تجارية بقصد الحصول على الربح"، وبالإطلاع على مختلف التعريفات يلاحظ أن الإحتراف ينطوي على مبدأ الإعتياد، إلا أن هذا الإعتياد يجب أن يؤدي إلى وصول الشخص إلى درجة عالية من الخبرة والتخصص في أصول النشاط الذي يمارسه، أنظر في تعريف الإحتراف وتميزه عن الإعتياد :

- سميحة القليوبي : الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 ص 179

- أحمد شكري السباعي : الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية، دار نشر المعرفة، 2002ص 285

(3)- وبالإضافة إلى الظهور بمظهر المحترف، يشترط لإعتبار الشخص الذي يمارس مهنة معينة شخصا محترفا أن يعتاد ممارسة نشاط معين، فهذا الإعتياد هو الذي يوصل الشخص إلى درجة كبيرة من المعرفة والخبرة، كما

يثقون تمام الثقة في قدرته على توفير خدمة سليمة وآمنة لهم، وقد تنبه القضاء المغربي إلى دور الثقة التي يوليها العملاء للبنوك وتأثيرها على مركزه القانوني تجاههم فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء "...وحيث انه بخصوص الدفع بكون الحكم لم يلزم المستأنف عليها بمطالبة الساحبة بتسليمها نظيرا للشيك الضائع فهو دفع مردود على اعتبار أن هذه المقتضيات لا تطبق إلا عند افتراض حصول الضياع من يدي حامل الشيك وليس لدى البنك بصفته وكيلا ومودعا والذي يظهر للعملاء انه حريص ومحافظ قوي على أموالهم بواسطة التأطير القانوني والمادي..."[1].

وبالإضافة إلى ذلك فإن البنك يمتلك من الإمكانات المادية والفنية ما يمكنه من ممارسة أنشطته في أفضل الظروف، مع قدرته على الاستعانة بذوي الخبرة في كافة المجالات المرتبطة بالعمليات التي يقوم بها، مما يمنحه المعرفة الكافية والخبرة اللازمة لممارسة هذه العمليات[2]، لكن ذلك الأمر يؤدي بالضرورة إلى ظهور تباين في المراكز القانونية وعدم تكافؤ في العلاقة بينه وبين الأشخاص الذين يتعاملون معه، مما يجعله يتولى هو وحده زمام الأمور ويتحكم في اتخاذ معظم القرارات المتعلقة بالعلاقة بينه وبينهم نظرا لافتقادهم في أغلب الأحوال الدراية بأصول العمل البنكي[3].

أن تلك الممارسة يجب أن تكون بهدف تحقيق الربح، حيث لا يعد الشخص الذي يمارس اعملا مجانية شخصا محترفا حتى لو مارس أعماله على سبيل الإعتياد، أنظر في ذلك :

- معتز نزيه محمد الصدق المهدي : المتعاقد المحترف، م، س، ص 16 وما بعد
- احمد شوقي محمد عبد الرحمن : المسؤولية العقدية للمدين المحترف، م، س، ص 7 وما بعد
- عدنان إبراهيم السرحان : فكرة المهني، المفهوم والانعكاسات القانونية، مجلة الحقوق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004ص53

(1)- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2208/ والصادر بتاريخ2001/10/30 (غير منشور)

(2)- وفي هذا الإطار يرى بعض الفقه أنه من اللازم لاعتبار شخص ما مهنيا محترفا أن يكون النشاط الذي يمارسه مشروعا يقره القانون، بينما يرى البعض الأخر أن مثل هذا الشرط لا يشترط كمعيار لتمييز الشخص المحترف، لأن صفة الإحتراف تقوم على عوامل موضوعية هي الإعتياد والإستمرار والإنتظام في ممارسة النشاط بالإضافة إلى هدف تحقيق الربح، وبالتالي فمتى توفرت هذه العناصر يكتسب الشخص صفة الإحتراف حتى لو كان النشاط الذي يمارسه غير مشروع، أنظر في ذلك :

- معتز نزيه محمد الصادق المهدي : المتعاقد المحترف، م، س، ص 16
- عدنان إبراهيم سرحان : فكرة المهني، المفهوم والإنعكاسات القانونية، م، س، ص 62 وما بعد

(3)- ولعل هذا الأمر ما يجعل البنك يظهر كسلطة وقيادة يتمتع بها في مواجهة ليس فقط معاونيه وتابعيه وإنما كذلك في مواجهة المتعاملين معه فهو الذي يتمتع بسلطة إتخاذ القرارات لما له من خبرة ودراية وكفاءة في مجال الأنشطة التي يمارسها، ونتيجة لهذه السلطة فقد يرى بعض المتعاملين معه بأنه ما من جدوى في الدخول مع البنك في نزاعات، ولا شك أن النظر إلى بنك كشخص يمتلك سلطة في مواجهة الأشخاص الذين يتعاملون لا يرجع فقط إلى إمتلاكه الخبرة والدراية في الأنشطة التي يمارسها، وإنما كذلك يرجع إلى فكرة مهجورة كانت تشبه البنك بالمرفق العمومي أو بأحد الأجهزة الإدارية التابعة للدولة نظرا للوظيفة الخطرة التي تمارسها البنوك من حيث كونها تخلق النقود والإئتمان، والحقيقة أن البنك لا يسعى سوى لتحقيق الربح حتى لو كانت الدولة تملك أغلب أسهمه، فهو ليس مؤسسة عمومية، أنظر في ذلك :

- أستاذنا عبد العزيز حضري : الردع البنكي في قضايا الشيك، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، عدد 2، 2000، ص 51 وما بعد
- معتز نزيه محمد الصادق المهدي : المتعاقد المحترف، م، س، ص 21

ولكل ما سبق يلاحظ أن البنك يتخذ مركزا متميزا في مواجهة الأشخاص اللذين يتعاملون معه، باعتباره متعاقدا يمتهن ويحترف العمليات التي يقوم بممارستها بقصد تحقيق الربح، وهو ما يؤدي إلى التشديد في المسؤولية المدنية التي تقع على عاتقه عن الأضرار التي قد تحدث نتيجة لممارسته نشاطه في مواجهة الأشخاص الذين يتعاملون معه.

الفقرة الثانية : انعكاسات الصفة المهنية على المسؤولية المدنية للبنك

إن الاعتبارات الخاصة بارتفاع المستوى الفني للبنك، والثقة الزائدة التي يعول عليها المرتبطون معه بعلاقات تعاقدية من شأنها أن تؤثر في مضمون التزاماته تجاههم (أولا)، وهو ما يلقي بأثره على عناصر المسؤولية المدنية الناشئة عن الأضرار التي قد تقع نتيجة ممارسته لأنشطته (ثانيا).

أولا : أثر الصفة المهنية على مضمون التزام البنك تجاه الزبون

إن عدم تنظيم العقود التي تجمع بين البنوك وعملائها في إطار العمليات البنكية إلا قدرا يسيرا من جوانب العلاقة التي تجمع بينهما، يرجع إلى أن اهتمام الأطراف ينصب بشكل كبير على الوصول إلى غاية معينة أكثر من التحديد الدقيق لكيفية الوصول إليها، ليبقى الكثير من جوانب العلاقة بين الأطراف منظمة بمقتضى العادات والأعراف البنكية[1].

ونظرا لذلك فقد ذهب بعض الفقه[2] إلى أنه بما أن إخلال البنك بأحد الالتزامات التي نص عليها العقد يشكل خطئا عقديا، فإن إخلاله بأحد الالتزامات التي تجد مصدرها في

– علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 12

(1)– وفي هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي Cabrillac بأن الأطراف عندما يستفيدون من الآليات المصرفية، لا يحددون محتوى الإلتزامات التي تقع على عاتقهم، حيث إن العادات المصرفية هي التي تتولى تحديد موضوع ومحتوى هذه الإلتزامات، وبالتالي تحديد خطأ المدين، فالعادات تلعب دورا كبيرا في النطاق المصرفي حيث تضفي على خطأ البنك طابعا مهنيا صرفا، وحاول هذا الفقيه التقريب بين مركز الموثق ومركز البنك بقصد إلزام البنك بالواجبات المهنية التي تقع على عاتق الموثق، على أساس أن البنك يمارس نشاطه بصفته وكيلا عن عميله، وبذلك فإن مركزه يماثل المركز القانون للموثق، كما أن كل مهنة منهما تمارس في المصالح المتعلقة بالذمة المالية فالبنك يحتل المركز القانوني الذي يحتله الموثق في الحياة الإقتصادية والقانونية لعملائه، وبالتالي يكون من الطبيعي أن يلتزم بنفس الإلتزامات المهنية لتشابه الوضع القانوني والعملي في الحالتين، أنظر في ذلك:

- Cabrillac (H): Introduction au droit bancaire, D, 1965, P 21

أشار إليه، حمادي مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، دار النهضة العربية، 1995، ص 216 وما بعد

(2)– أنظر في ذلك :

– عبد اللطيف مشبال : المسؤولية المدنية للأبناك والإجتهاد القضائي المغربي، م، س، ص 302

– محمد عطاف : المسؤولية المدنية للبنك تجاه الزبناء، م، س، ص 322

– محمد حسيني صقلي : المسؤولية المدنية للبنك في مواجهة المتعاقد أو الغير، الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، م، س، ص 399

أصول مهنته يؤدي إلى إيجاد نوع جديد من الخطأ يسمى الخطأ المهني، والذي يقوم في كل حالة يخرج فيها الشخص المهني عن قواعد مهنته وأصولها، وهو يختلف عن الخطأ العادي الذي يقع دون أن يكون الشخص المهني قد أخل بالأصول الفنية لمهنته، وقد رتب بعض الفقه[1] على التمييز بين الخطأ المهني والخطأ العادي مجموعة من النتائج من بينها أن مسؤولية الشخص عن خطئه المهني تكون مطلقة، بينما لا يسأل عن خطئه العادي إلا إذا كان على قدر من الجسامة.

لكن الانتقادات التي وجهت لهذا التوجه سرعان ما أدت إلى هجره والتخلي عنه[2]، وبالتالي يعتبر الشخص المهني مسئولا عن جميع أخطائه دون التمييز بين خطأ عادي ومهني، بل إن مجرد اعتبار شخص ما متخصصا في مهنته سيؤدي بالضرورة إلى التشدد في الالتزامات الملقاة على عاتقه[3].

---

(1)- ويرى بعض أصحاب هذا التوجه في سبيل التخفيف من المسؤولية المشددة للأشخاص المهنيين، أن التمييز بين الخطأ المهني والخطأ العادي وعدم مساءلة الشخص المهني عن خطأه العادي إذا ما كان يسيرا يعطيه قدرا من الحرية والطمأنينة والثقة الأعمال التي يقوم بها، لهذا فإن إثقال كاهلهم بمسؤولية صارمة من شأنه أن يثبط عزائمهم مما سيؤدي إلى الإضرار بمصالح الأفراد الذين يتعاملون معهم، أنظر في ذلك :

– Josserand (L): la renaissance de la faute lourde sous la signe de la profission, 1939. P.29.

- Roblot (R): de la faute lourde en droit privé français, rev .Trim..1993.P.1.

– أشار إليها : جمال عبد الرحمن علي: الخطأ في مجال المعلوميات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 330

(2)- ومن الإنتقادات التي وجهت لهذه التفرقة افتقادها للسند الواقعي والقانوني، فالمشرع لم يميز بين أنواع الخطأ الموجب للمسؤولية، فنصوص هذه الأخيرة جاءت عامة دون تمييز بين خطأ يسير أو جسيم أو بين شخص مهني من غيره، كما أن اعتبارات الثقة التي يوليها الأفراد للأشخاص المهنيين نتيجة لما يحوزونه من مؤهلات وخبرة تتطلب مسائلتهم بشدة أكبر لا لأن يتم إعفائهم من المسؤولية عن أخطائهم اليسيرة، أنظر في ذلك :

– عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 548

– حسين عامر وعبد الرحيم عامر : المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، دار المعارف، القاهرة، 1979 ص 193

– جمال عبد الرحمن علي: الخطأ في مجال المعلوميات، م، س، ص 330

(3)- ومن الملاحظ أن القضاء المغربي لا يزال يتمسك بوصف الخطأ الصادر عن البنك بأنه مهني في بعض الحالات التي يكون فيها الخطأ ناتجا عن الإخلال بأصول وقواعد المهنة البنكية، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء " ..... وحيث انه اعتبارا لذلك يكون من البين في النازلة أن البنك حينما طبق مقتضيات المواد 309-313 و322 من مدونة التجارة في حق السيد (أ) يكون قد ارتكب خطأ مهنيا يستوجب مسؤوليته باعتباره مؤسسة بنكية المفروض فيها الإلمام بالقواعد المنظمة للمهنة..."، كما جاء في قرار آخر صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بمراكش "... وأن البنك المستأنف لما سلم للمستفيد من الشيك الراجع بدون أداء شهادة بنكية حاملة لهوية المستأنف عليها دون بذل العناية اللازمة قصد مطابقة المعلومات المتوفرة لديه كمؤسسة ائتمان مع ما هو مضمن بالشيك وتدوين ذلك بشكل صحيح ببطاقة عدم الأداء، يكون قد ارتكب خطأ مهنيا أدى إلى الإضرار بالمستأنف عليها، علما بأن متابعة هذه الأخيرة وإدانتها في المرحلة الأولى كان مرده إلى المعلومات الخاطئة المدونة بتلك البطاقة، وأنه لولا الإدلاء بهذه البطاقة صحبة الشيك لما تمت متابعة المعنية بالأمر أصلا والحكم بإدانتها شخصيا من أجل جنحة سحب شيك بدون مؤونة..."

– قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2361-2005/2362 والصادر بتاريخ2005/06/21(غير منشور)

– قرار محكمة الإستئناف التجارية بمراكش رقم 06/567 والصادر بتاريخ 10/05/2007 (غير منشور)

فمن المعروف أن مسؤولية الشخص تتحدد بالنظر إلى مضمون التزاماته، فإذا كانت التزاماته تلك بتحقيق نتيجة قامت المسؤولية بعدم تحقق تلك النتيجة بغض النظر عما قام به أو ما كان بإمكانه القيام به في سبيل تحقيق تلك النتيجة، أما إذا كان التزامه ببذل عناية كما هو الحال بالنسبة لمعظم التزامات البنك في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني فإن مسؤوليته لا تقوم طالما أنه بذل العناية المتفق عليها(1)، ويتم قياس مقدار العناية المطلوبة وفقا لمعيار ثابت ومجرد من الظروف الشخصية هو معيار الرجل المعتاد.

لكن بما أن البنك يحترف المهنة البنكية فإن مقدار العناية المطلوبة منه لا تتحدد كالأشخاص العاديين وفقا لمعيار الشخص المعتاد، وإنما تقاس بمعيار خاص يتحدد بالنظر إلى الظروف الشخصية للمهني من خبرة ودراية وتخصص، بالإضافة إلى بعض الظروف الخارجية والمتمثلة فيما يملكه من وسائل مادية وتقنية، ويتم مقارنته وفقا لذلك بشخص مهني يشابهه وضع في نفس الظروف الشخصية والخارجية ودرجة الإحتراف(2).

وبالإضافة إلى ذلك يذهب بعض الفقه(3) إلى أن صفة المهني تلعب دورا كبيرا في تقدير جسامة الخطأ الذي يرتكبه الشخص الذي يتحلى بتلك الصفة، فما يمكن أن يعتبر خطئا تافها بالنسبة للشخص العادي فإنه يشكل خطئا موجبا للمسؤولية، أو يتم إسباغه بوصف الجسامة إذا ما ارتكبه الشخص المهني(4).

---

(1)- ويرى بعض الفقه أن التزامات البنك تكون التزامات ببذل عناية عادة نظرا لطابع الاحتمالي الذي يخيم على عمليات البنوك بصفتها مقدمة خدمات، والتي تتداخل فيها مجموعة من العوامل لا تخضع في أكثرها لسيطرة البنك، لهذا فمن غير المقبول إعتبار التزامات البنك التزامات بتحقيق نتيجة، والحقيقة انه لا يمكن الاتفاق مع هذا التوجه على إعتبار أن قيام البنك باعتبار التزاماته في العقد الرابط بينه وبين الزبون التزامات ببذل عناية لا يرجع إلى الطابع الاحتمالي بل إلى رغبة البنك في إعفاء نفسه من المسؤولية من جميع الحالات التي لا تتحقق فيها النتيجة التي يرجوها العميل من خلال العقد الذي يبرمه مع البنك، فيدفع بأنه بذل ما بوسعه من عناية لتحقيق تلك النتيجة، أنظر:

- جمال عبد الرحمن علي: الخطأ في مجال المعلوميات، م، س، ص 335
- حمادي مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، م، س، ص 204 وما بعد

(2)- أنظر في ذلك :

- حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، م، س، ص 146
- حمادي مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، م، س، ص 212

(3)- أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 54

(4)- إذا كان إحتراف البنك يشدد من مضمون التزامات البنك في مواجهة العميل فإنها لا تصل إلى درجة قلب الإلتزام من بذل عناية لتصبح التزامات بتحقيق نتيجة، نظرا لامتلاكه الوسائل الضرورية لممارسة نشاطه وعنصر الخبرة والإحتراف، فعوامل الخبرة والإحتراف لا تغير من طبيعة الإلتزام نفسه فما يتخذ الصفة الإحتمالية كالتزام الطبيب أو المحامي لا يمكن ضمان نتيجة تحققه حتى من أشد الناس حرصا، وصفة الإحتمالية يتخذها الإلتزام بالنظر لطبيعته الحقيقية وليس بناءا على ما تم وصفه بالعقد، وبالتالي فإنه يمكن القول بأن الجهد الذي يجب أن يبذله الشخص المهني أكثر مما يجب أن يبذله الشخص العادي لا أن التزامه ينقلب من بذل عناية لتحقيق نتيجة.

ولا شك أنه من الصعوبة بمكان وضع قواعد عامة تحكم مسؤولية البنك عن الأخطاء التي يرتكبها بوصفه مهنيا محترفا نظرا لاختلاف حالات قيام المسؤولية باختلاف العمليات التي يمارسها البنك، لهذا نجد أن القضاء في كل من المغرب والأردن يقوم بالبحث في كل حالة على حده وفي درجة العناية والحرص اللذان يجب على البنك أن يبذلهما عند تنفيذه لالتزاماته، ولا يتردد في إقامة مسؤولية البنك كلما كان هناك تقصير حتى لو تم وصفه على أنه خطأ يسير.

لكن ما يلاحظ أن القضاء[1] لا يزال يصر على مقارنة سلوك البنك بسلوك الرجل المعتاد عند تقدير العناية التي قام البنك ببذلها في تنفيذه لالتزاماته وذلك دون الأخذ بعين الاعتبار احتراف البنك ومهنيته والوسائل والإمكانات التي يتوفر عليها في كثير من الحالات التي تعرض عليه، على خلاف ما هو عليه الحال في القضاء الفرنسي الذي لعب دورا كبيرا في إظهار خصائص المسؤولية المدنية للأشخاص المهنيين وللبنوك على الخصوص، من خلال التشدد في مسائلته عن الأضرار التي تقع لعملائه نتيجة لممارسة أنشطته باعتباره مهنيا محترفا[2].

ثانيا : أثر الصفة المهنية على طبيعة مسؤولية البنك تجاه العملاء

إن الخصائص المميزة لمسؤولية الأشخاص المهنيين المدنية أثارت نقاشا فقيها[3] حول

---

(1)- وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء "عملا بأحكام الفصل 903 من ق.ل.ع.الذي يوجب على الوكيل أن يبذل في أدائه المهمة عناية الرجل المتبصر حي الضمير، وهو مسؤول عن الضرر الذي لحق الموكل نتيجة انتفاء هذه العناية كما إذا لم ينفذ اختيارا مقتضى الوكالة، أو التعليمات التي تلقاها أو إذا لم يتخذ ما يقتضيه العرف في المعاملات...".

– قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2004/1215 والصادر بتاريخ 2004/04/13 (غير منشور)

وفي نفس الإطار جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية ".... إن إيداع الشيك لدى البنك المميز ضده برسم التحصيل ، يجعل من البنك وكيلا عن المدعي، وان ذلك يلزمه أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، إذا كانت الوكالة بلا اجر، وعليه أن يبذل في العناية بها عناية الرجل المعتاد إذا كانت باجر طبقا لأحكام المادة 841/ 1و2 من القانون المدني...."

– قرار تمييز حقوق رقم 2001/2888 والصادر بتاريخ 28/02/2002 والمنشور بالموسوعة القانونية الإلكترونية.

(2)- فقد وجد القضاء الفرنسي أن الكثير من العمليات التي يقوم بها البنك ذات طابع فني محض لا يفترض في أكثر العملاء خبرة العلم بها، لهذا فإنهم يحتاجون إلى مساعدة البنك فيها، من خلال تبصيرهم، وهذا الأمر يلقي على عاتق البنك التزاما أخلاقيا مصدره حسن النية وضرورة قيامه بالحفاظ على مصالح عملائه من خلال اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك ومن بينها تقديم النصح والإرشاد وكذلك التزامه بتبصير عملائه وإعلامهم، أنظر في ذلك :

– محمد صبري : الأخطاء البنكية، أساس مسؤولية البنك عن عدم ملائمة الإئتمان، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 245

– علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 727

– حمادي مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، م، س، ص217

(3)- يلاحظ أنه بالنظر للخصائص التي يتميز بها الشخص المهني حاولت بعض التوجهات الفقهية إقامة مسؤوليته على قواعد المسؤولية التقصيرية دون الالتفات إلى وجود عقد يجمع بينه وبين الأشخاص الذين يتعاملون معه، أنظر :

طبيعتها القانونية، فقد وجد بعض الفقه(1) أن هؤلاء الأشخاص يخضعون لمسؤولية ذات طابع خاص تقوم إلى جانب كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية، فهي تطبق على فئة خاصة هي فئة المهنيين الذين يمتلكون الخبرة والدراية ما لا يمتلكها غيرهم من الأشخاص العاديين، بحيث أنها – أي المسؤولية- تحتوي على قواعد خاصة بها تتكون في غالبيتها من مزيج من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية(2).

فالشخص المهني يجد نفسه ملزما بإتباع مجموعة من القواعد تجد مصدرها ليس فقط في العقد الذي يبرمه مع الأشخاص الذين يتعامل معهم وإنما كذلك في الأعراف والعادات المهنية والقوانين التي تنظم العمليات التي يقوم بها والتي تكونت وتأصلت خارج العلاقة التعاقدية وليس لإرادة الأطراف دور في إنشائها(3).

ففي مثل هذه الحالات من الصعب القول بانطباق أحد المسئوليتين العقدية أو التقصيرية على الشخص المهني، فبخصوص قواعد الإثبات على سبيل المثال إذا كان يكفي من المتعاقد إثبات مصدر الالتزام لينتقل عبء الإثبات على الشخص المهني في قيامه بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، فإنه في إطار مسؤولية الأشخاص المهنيين يفترض احترامهم لقواعد المهنة الخاصة بهم، بمعنى أن الوضع الظاهر يكون في مصلحة المهني، وإذا ما أراد العميل هدم هذا الظاهر يجب عليه أن يقيم الدليل على الإخلال الذي قام به الشخص المهني، مما يعني أن على المتعامل مع الشخص المهني أن يثبت خطأ هذا الأخير وهو ما يتشابه مع قاعدة الإثبات الخاصة بالمسؤولية التقصيرية داخل النطاق العقدي(4).

- عبد الحميد عثمان : المسؤولية المدنية للموثق، بحث مقدم لمؤتمر المسؤولية القانونية للمهنيين ، المنعقد في كلية القانون في جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2004 ص 39
- معتز نزيه الصادق المهدي : المشكلات المعاصرة للمسؤولية المدنية للطبيب، بحث مقدم لمؤتمر المسؤولية القانونية للمهنيين ، المنعقد في كلية القانون في جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2004 ص 3

(1)- أنظر في ذلك :
- محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، م، س، ص 37 وما بعد
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : المسؤولية العقدية للمدين المحترف، م، س، ص 10 ما بعد
- معتز نزيه محمد الصادق المهدي : المتعاقد المحترف، م، س، ص 111 وما بعد

(2)- وهذا التوجه لا ينكر وجود العقد الذي يربط بين الشخص المهني والمتعامل معه بشكل نهائي وإنما يرى بأن دور العقد يقتصر على إعطاء إشارة البدء للشخص المهني للإنطلاق في تنفيذ التزاماته التي كما قد تجد مصدرها في ذلك العقد فإنها تجدها كذلك في القوانين والأعراف والعادات المهنية، أنظر :
- محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، م، س، ص 37

(3)- أنظر في ذلك :
- محمد عبد الظاهر حسبن : المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، م، س، ص 38

(4)- ويضيف هذا التوجه بأن تميز المسؤولية المدنية للأشخاص المهنيين يظهر كذلك في جوانب أخرى من بينها نطاق التعويض، فإذا كان التعويض في نطاق المسؤولية العقدية يتحدد فيما توقعه المتعاقدان، فإن الأمر لا يكون كذلك في نطاق مسؤولية الشخص المهني، ذلك أن إحتراف هذا الأخير وتوفره على الإمكانات التي يستطيع تفادي حتى ما لم يكن متوقعا من أضرار، ونطاق الحرية والاستقلال الذي يتمتع به في مواجهة المتعاملين معه يجعل من المنطقي إلزامه بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع كما هو الحال في نطاق المسؤولية التقصيرية، أنظر :

لكن البعض الآخر من الفقه[1] رفض هذا التوجه وأكد أن مسؤولية الشخص المهني لا يمكن أن تخرج عن المسؤولية العقدية في مواجهة الأشخاص الذين يتعامل معهم[2]، فمما لا شك فيه أن إنكار وجود العقد نهائيا يؤدي إلى نتائج خطيرة على مستوى حرية الاتفاقات بحيث يصبح من العبث أن يقوم الأفراد بتنظيم العقود فيما بينهم بما أنهم لن يخضعوا لها، وبالتالي فإن الاعتراف بالعقد يقتضي الاعتراف بالقوة الملزمة له هذا من جهة[3].

ومن جهة أخرى فإن إخلال الشخص المهني بالالتزامات الناتجة عن أصول مهنته وقواعدها العرفية والقانونية لا يمكن أن يقيم إلا المسؤولية العقدية، فالشخص لا يلتزم بما ورد في العقد فقط، وإنما بما يعتبر من مستلزماته ومشتملاته عرفا وقانونا كذلك[4]، فالأشخاص لا ينظمون إلا المسائل الأساسية في العقد ويبقون الكثير من القواعد المنظمة للعلاقة التي تجمعهم للأعراف والقوانين[5].

ولا شك أنه من الصعب التسليم بما ذهب إليه الاتجاه الأول من وجود نوع خاص من المسؤولية المدنية ينطبق على فئة الأشخاص المهنيين، نظرا للاعتبارات التي سبق أن ساقها الفقه الذي يعارض هذه الفكرة، وما يلاحظ أن القضاء بدوره على الرغم من تشدده في مسؤولية المهني عموما والبنك على الخصوص فإنه لا يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية بكافة عناصرها[6].

– محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، م، س، ص 42

(1)– جابر محجوب علي : قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها، أساس إلزامها ونطاقه، مقال منشور بمجلة الحقوق، الكويت، عدد 2 السنة 22 عام 1998 ص 444

(2)– باستثناء الحالات التي يمكن أن تقوم فيها مسؤولية تقصيرية للمهني تجاه الزبون كما في الفترة السابقة على التعاقد أو اللاحقة لإنهاء العلاقة التعاقدية، أنظر في ذلك :

– جابر محجوب علي : قواعد أخلاقيات المهنة، م، س، ص 450

(3)– ويعلق الأستاذ جابر محجوب في هذا الشأن " إن هذا التحليل النظري ينطوي على إستهتار في تحديد دور العقد إذ لو كان هذا الدور ينحصر في إعطاء إشارة البدء لتنفيذ التزامات المهني – كما يرى البعض– لما أمكن القول بضرورة تنفيذ المهني لالتزاماته الناشئة عن العادات والأعراف المهنية تجاه الأشخاص الذين لا تربطهم به علاقة تعاقدية، فالأطراف يتفقون على مبدأ العقد ويحيلون ضمنا على النصوص القانونية والقواعد العرفية في تحديد التزامات المهني ويقبلون هذا التحديد مسبقا"، أنظر :

– جابر محجوب علي : قواعد أخلاقيات المهنة، م، س، ص 446

(4)– أنظر الفصل 231 من قانون الإلتزامات والعقود و المادة 202 من القانون المدني الأردني.

(5)– أنظر في هذا الإتجاه :

– جابر محجوب علي : قواعد أخلاقيات المهنة، م، س، ص 446

(6)– فعلى سبيل المثال يلاحظ أنه بخصوص التعويض حتى في الحالات التي تكون فيها التزامات البنك مشددة فلا يخرج القضاء عن نطاق التعويض المحدد ضمن المسؤولية العقدية، فقد جاء في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة الإستئناف التجارية بفاس "...وحيث انه لما كان أساس مسؤولية البنك هو المسؤولية العقدية أي الإخلال بالتزام تعاقدي كما سبق الذكر ولما كان الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعوض عنه في المسؤولية العقدية، كما يتضح من منطوق الفصل 264 من ق.ل.ع. فان الضرر الحاصل للساحب عن عدم تنفيذ أمره وعن المساس بائتمانه وكذا الضرر الذي لحقه من جراء المنع البنكي من إصدار الشيكات التي فرضته المؤسسة

وفكرة المسؤولية المدنية للأشخاص المهنيين إذا كانت تظهر فوائدها من الناحية النظرية من خلال التشديد في التزامات الشخص المهني، فإنها من الناحية العملية قد تظهر عديمة الجدوى[1]، لأن التزامات البنك كما سبق وقلنا في معظمها التزامات ببذل عناية، وسواء كان البنك مطالبا ببذل عناية الرجل المعتاد أو الشخص المحترف فإن الزبون هو المطالب إبتداءا بإثبات عدم بذل البنك لتلك العناية، وهو ما يصعب على الزبون القيام به في سبيل البحث عن الوسائل التي تمكن من جبر الضرر.

ومن جهة أخرى فإن إعتبار التزامات البنك التزامات مشددة لا يؤدي إلى تغيير طبيعة المسؤولية ولا إلى تغيير الأساس الذي تقوم عليه، فإثبات الخطأ أو التقصير هو ما يطرح الإشكال بخصوص عدم تمكن الزبون من الحصول على تعويض للضرر الذي لحق به نتيجة الأنشطة التي يمارسها البنك، وهو ما حاول البعض تحقيقه من خلال اللجوء لقواعد المسؤولية الموضوعية دون الخروج عن إطار الرابطة العقدية التي تجمع البنك بالزبون.

البنكية عليه بدون سبب مشروع هو الذي يستوجب التعويض عنه. أما ما ادعاه من لحقوق ضرر بسبب التحاقه بالإدارة المركزية بالمغرب وطلاقه لزوجته فهو ضرر غير مباشر لا يستحق عنه أي تعويض.."

- قرار صادر عن محكمة الإستئناف بفاس رقم 474 بتاريخ 1999/06/28 منشور في الموقع الإلكتروني لمحكمة الإستئناف التجارية بفاس www.cacfes.ma

وفي نفس الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية "... يعتبر البنك وكيلا مأجورا لتحصيل قيمة الشيكات المودعة لديه برسم التحصيل وفقا للمادة 841/ 2 من القانون المدني، وعليه فإذا ثبت بان فقدان الشيك كان بسبب الخطأ الذي ارتكبه البنك فانه يلزم بتعويض المتضرر لان مسؤوليته هي مسؤولية عقدية..."

- قرار تمييز حقوق رقم 1990/235 والصادر بتاريخ 15/08/1990 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية.

(1)- فيلاحظ أن القضاء المغربي لا يعتمد على المعايير التي وضعت لتحديد مسؤولية البنك كشخص مهني يحترف الأعمال البنكية في سبيل التشديد في التزاماته ومسؤوليته تجاه العملاء إلا في حالات نادرة جرت فيها العادة على إصباغ صفة الإحتراف على البنوك كالحالة التي يودع فيها الزبون لدى البنك أوراقا تجارية بقصد تحصيلها، فتضيع تلك الأوراق وهي بين يدي البنك، حيث تكتفي بعض المحاكم بترديد نفس العبارات التي أصبحت بمثابة النموذج عندما تعرض عليها قضية من هذا القبيل، فعلى سبيل المثال جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء "...وحيث انه بخصوص الدفع يكون الحكم لم يلزم المستأنف عليها بمطالبة الساحبة بتسليمها نظيرا للشيك الضائع فهو دفع مردود على اعتبار أن هذه المقتضيات لا تطبق إلا عند افتراض حصول الضياع من يدي حامل الشيك وليس لدى البنك بصفته وكيلا ومودعا والذي يظهر للزبناء انه حريص ومحافظ قوي على أموالهم بواسطة التأطير القانوني والمادي..." وهو نفس التعبير الذي استخدمته المحكمة قرارات أخرى وفي نفس الموضوع، أنظر :

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2001/2208 والصادر بتاريخ 2001/10/30 (غير منشور)
- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2000/815 والصادر بتاريخ2000/4/18 (غير منشور)
- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 99/1808 والصادر بتاريخ 1999/11/23 (غير منشور)

المطلب الثاني

مسؤولية البنك الموضوعية المبنية على تحمل المخاطر

تتعرض البنوك أثناء ممارستها لأنشطتها للعديد من المخاطر، وقد أدى اعتمادها على الأدوات الإلكترونية الحديثة في تقديمها لخدماتها إلى الزيادة في حدة هذه المخاطر، فأصبح كل من البنك والأشخاص المتعاملين معه أكثر عرضة لها، الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى جعل هذه المخاطر سببا في تشديد مسؤولية البنك وإقامتها على أساس موضوعي دون حاجة لإثبات صدور خطأ من طرفه[1]، لهذا وقبل الحديث عن مدى إمكانية تطبيق نظرية المخاطر في العمل البنكي (الفقرة الثانية)، لا بد من تحديد نطاق المسؤولية المدنية التي تقوم على أساس موضوعي(الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى : نطاق المسؤولية المدنية الموضوعية

ظهرت التوجهات الموضوعية في المسؤولية المدنية أواخر القرن التاسع عشر نتيجة لما خلفته التطورات الحاصلة في ميادين الصناعة والإنتاج من مخاطر على العاملين فيها[2]، فقد ازدادت في تلك الفترة الحاجة إلى حماية هؤلاء الأشخاص عما يصيبهم من

---

(1)- تجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية كانت السباقة إلى الأخذ بالنظريات الموضوعية للمسؤولية المدنية، فهي تكتفي بوقوع الضرر لإقامة مسؤولية الشخص الذي تسبب فيه بغض لنظر عن وجود خطأ من عدمه، والمسؤولية في الشريعة الإسلامية يترتب عنها ضمان مرتكب الفعل الضار لما هلك قيمة أو مثلا، وهي تقوم في ثلاث حالات، شأنها شأن المسؤولية المدنية في القوانين الوضعية، بإلزام الشارع، وبالإلتزام الإرادي، وبالفعل الضار والذي يقابل المسؤولية التقصيرية، أنظر في المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية :

- عبد السلام التونجي : مؤسسة المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، ليبيا، 1994 ص 12
- محمد زكي عبد البر : نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، 1950 ص 4

(2)- ومن العوامل التي ساعدت على نشوء النظريات الموضوعية في المسؤولية المدنية :

- المذهب الوضعي: والذي يميز بين المسؤولية المدنية والجنائية وظهر في إيطاليا وهو يقوم على فكرة الجبرية بمعنى أن كل ما يصدر عن الإنسان هو نتيجة حتمية لعوامل خارجية، وينتهي هذا المذهب إلى إنكار العقوبة والنظر إليها كوسيلة يدافع فيها المجتمع عن نفسه.
- النزعة المادية في القانون : والتي ظهرت في الفقه الألماني، حيث ترى أن تأسيس المسؤولية المدنية على الخطأ لأنه وصف يعود إلى ضمير الفاعل، في حين أن الإلتزام بالتعويض يهدف إلى إعادة التوازن المالي بين الأطراف.
- النزعة الإشتراكية في القانون : وهي تذهب إلى تفضيل المصلحة الجماعية على المصالح الفردية، فإذا وقع ضرر ما فإنه لا يجب البحث عن صدور خطأ من عدمه وإنما يجب البحث عما إذا كانت المصلحة الجماعية تقتضي التعويض أم لا.
- المدرسة التاريخية : والتي تقوم أفكارها على تطور القانون بتطور البيئة وظروفها المختلفة، وبالتالي فإن الظروف التي دعت إلى جعل الخطأ أساسا ضروريا للمسؤولية المدنية لم يكن فيها هذا التقدم الهائل والتطور في الأنشطة الصناعية، أنظر في ذلك :
- حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهرة، ط الثانية 1979 ص4.

أضرار نتيجة اشتغالهم في المشروعات التي تستخدم الآلات والأشياء الخطرة الأخرى، الأمر الذي كان يتعذر حصوله عند الإعتماد على القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية التي تشترط قيام الشخص المضرور بإثبات خطأ المشغل لكي يستطيع الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به(1).

لهذا بدء البعض ينادي بضرورة إعادة النظر في قواعد المسؤولية المدنية وتغيير الأساس الذي تقوم عليه والنأي بها عن فكرة الخطأ، وقد كان الفقيه الفرنسي سالي(2) من أوائل اللذين دعوا إلى التحلل من الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية من خلال نظرية الخطر مقابل الربح أو الغرم بالغنم(3)، والتي كان مفادها أن رب العمل يجب عليه أن يعوض العمال عن الأضرار التي تقع لهم دون تطلب صدور خطأ، لأن المكان الذي يعمل به العامل لصالح رب العمل إنما يعود بالربح والفائدة على هذا الأخير، فيجب أن يتحمل رب العمل الإصابات التي تحدث أثناء القيام بالعمل لأن الغرم بالغنم(4).

ونظرا لأن المشرع الفرنسي أخذ بهذه الفكرة في ميدان إصابات العمل فقد سد الطريق أمام الفقه الذي كان يعتمد على قواعد المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء

- معتز نزيه محمد الصادق المهدي : المتعاقد المحترف، م، س، ص 132

(1)- أنظر في ظهور النظريات الموضوعية في المسؤولية المدنية :
- محمد زكي عبد البر : نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، م، س، ص 91 وما بعد
- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية، منشورات عويدات، بيروت، 1980 ص 387
- يحيى أحمد موافي: المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 225 وما بعد

(2)- وذلك في كتابه حوادث العمل والمسؤولية المدنية والذي تم نشره عام 1897، حيث إتجه بداية إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في محاولته لإيجاد أساس قانوني لفكرة المسؤولية الموضوعية، إلا أن إعتماد المشرع الفرنسي الواضح على الخطأ كأساس لتلك المسؤولية جعله يعدل عن توجهه هذا، ومن ثم إكتشف هذا الفقيه أنه يمكن الإعتماد على الفقر الأولى من المادة 1384 من القانون المدني كأساس للمسؤولية المدنية المبنية على تحمل تبعة، بعد أن كان ينظر إليها كمقدمة أو كمدخل لما يليها من مواد، لكنه أبقى نظريته هذه محصورة في إطار الصناعات الآلية وما تحمله من أضرار، ثم جاء جوسران ليعتمد هذه النظرية كأساس للمسؤولية الموضوعية ووسع من نطاقها لتشمل كل شيء وليس فقط الآلة وذلك في كتابه المسؤولية عن الأشياء غير الحية والصادر في سنة 1898، أنظر :
- محمد زكي عبد البر : نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، م، س، ص 93
- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، م، س، ص 387

(3)- (Theorie de risqué profit)، ومن بين الإعتبارات التي تقوم عليها هذه النظرية عدم إعتدادها بالأسباب التقليدية للإعفاء من المسؤولية، حيث إنها تكون مطلقة وغير قابلة للدفع، أنظر في الأسس التي قامت عليها هذه النظرية :
- إياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بشكل خاص، م، س، ص162

(4)- أنظر في نظرية الغرم بالغنم :
- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، م، س، ص 387
- أحمد محمد عطية : نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، م، س، ص 63 وما بعد

لوضع نظرية عامة للمسؤولية المدنية الموضوعية[1]، ونتيجة لذلك عدل الفقه عن فكرة الغرم بالغنم وتوجه لإقامة المسؤولية المدنية على أساس موضوعي نحو فكرة الخطر المستحدث[2]، والتي مفادها أن كل من استحدث خطرا سواء بنشاطه الشخصي أو باستخدام أشياء معينة وأدى إلى إحداث ضرر بالغير، فإنه يلزم بتعويض هذا الضرر الناتج عن تحقق الخطر[3].

وعلى الرغم من أن غالبية الفقه الفرنسي في ذلك الوقت رحب بالأفكار الموضوعية للمسؤولية المدنية، إلا أنه لم يكن لها ذات الصدى في التشريع الذي لم يأخذ بها إلا في بعض الحالات الإستثنائية كالقانون المتعلق بحوادث الشغل، الأمر الذي دفع ببعض الفقه[4]

(1)- وذلك في القانون الصادر بتاريخ 9 إبريل 1898 والمتعلق بإصابات العمل والذي ألزم أرباب العمل بتعويض العمال عن الإصابات التي تقع لهم أثناء مزاولة مهامهم على شكل تعويض جزافي دون تطلب قيام العامل بإثبات وجود خطأ من رب العمل، أنظر:

- محمد زكي عبد البر : نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، م، س، ص 95

(2)- (Thorie de risqué carée) وتقوم هذه النظرية على مبدأين أساسين، أولهما عدم ضرورة تطلب الخطأ في جانب الشخص الذي يقوم باستحداث المخاطر، فيكفي أن تنتج المخاطر أضرارا بالغير، وثانيهما عدم كفاية ثبوت إنعدام الخطأ من جانبه لإعفائه من المسؤولية، أنظر في ذلك :

- إياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بشكل خاص، م، س، ص162

(3)- وفي نطاق النظريات الموضوعية كذلك حاول الفقيه الفرنسي (ستارك) إقامة المسؤولية المدنية بعيدا عن عنصر الخطأ من خلال فكرة الضمان، حيث لاحظ هذا الفقيه أن النظريات الموضوعية السابقة لم تهتم إلا بالشخص المتسبب بالضرر، بينما كان من الأولى النظر إلى الشخص المضرور على إعتبار أن الغاية من المسؤولية المدنية هي تعويض الضرر لا العقوبة، لهذا فمتى وقع للشخص أي أذى في حق من حقوقه دون مسوغ قانوني، فإن الشخص المتسبب بالضرر يكون مسؤولا بقطع النظر عن مسلكه، إلا أن هذه النظرية وجهت لها إنتقادات عدة من بينها أنها تقيم المسؤولية على أساس فلسفي لا قانوني، وهي بذلك تهدف إلى توجيه المشرع إلى إتخاذ موقف جديد لا البحث في موقفه الموجود أصلا من خلال النصوص القانونية، أنظر في هذه النظرية والإنتقادات الموجهة إليها :

- إياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بشكل خاص، م، س، ص173

(4)- فقد ذهب البعض في هذا الإطار إلى أن قيام المسؤولية المدنية على تحمل التبعة يجب أن تكون بناءا على فكرة الخروج عن المألوف، أو فكرة التفاوت في القوى الناتجة عن شيء خارجي حيث إن الشخص الذي يمارس نشاطا خارج عن المعتاد يجب عليه أن يتحمل الأضرار التي تقع للغير نتيجة لذلك، ويسأل من ناحية أخرى عن نشاطه ولو كان معتادا متى نشأ عنه ضرر نتيجة إستخدام أشياء تجعل بينه وبين المتضرر حالة مؤقتة من التفاوت في القوى لصالحه، وقد ذهب (جوسران) إلى أن المسؤولية المدنية تقوم على أساسين هما الخطأ وتحمل التبعة ولا أفضلية لأحدهما على الآخر، ويتحدد نطاق كل منها بالتمييز بين فعل الإنسان وفعل الأشياء، حيث تكون المسؤولية المدنية مبنية على الخطأ إذا وقع الضرر نتيجة لفعل الإنسان، وتكون مبينة على تحمل التبعة إذا كان الضرر ناتجا عن فعل الشيء، بينما ذهب (سافيتيه) إلى الجمع بين فكرتي الخطأ وتحمل التبعة من خلال اعتبارهما أساسين غير متعادلين للمسؤولية المدنية حيث تقوم هذه المسؤولية على أساس الخطأ كقاعدة عامة وكأساس أصيل لها، بينما تقوم على تحمل التبعة كأساس إحتياطي لا يتم اللجوء إليه إلا في الحالات التي لا يتمكن فيها المضرور من إثبات خطأ الشخص المتسبب بالضرر، أنظر في هذه النظريات:

- عبد الواحد العلمي : أساس المسؤولية عن الأشياء ووسيلة دفعها في التشريع المغربي، م، س، ص 85 وما بعد
- إياد عبد الجبار ملوكي : المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بشكل خاص، م، س، ص 160 وما بعد
- أحمد محمد عطية : نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، م، س، ص 63 وما بعد
- محمد زكي عبد البر : نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، م، س، ص 185 وما بعد

إلى التراجع عن فكرة إقامة المسؤولية المدنية على أساس موضوعي والمطالبة بالجمع بين النظريتين الشخصية والموضوعية فيها، حيث تقوم تلك المسؤولية في بعض الحالات على الخطأ بينما تقوم في حالات أخرى على الضرر ودون تطلب حصول الخطأ، لكن هذه الأفكار بدورها لم تلقى نجاحا كبيرا نظرا لصعوبة حصر نطاق المسؤولية الموضوعية، الشيء الذي سيؤدي إلى اضطراب في العمل القضائي وصدور أحكام متناقضة في قضايا متشابهة.

وهذه الاتجاهات الأكثر اعتدالا –إن صح التعبير– في تأسيس المسؤولية المدنية على الأفكار الموضوعية لم تدفع التشريعات إلى القيام بوضع قواعد عامة تحكمها وأبقت تطبيقها محصورا في بعض الحالات الاستثنائية كحوادث الشغل على سبيل المثال، أو التي تنظم بعض الأنشطة التي يترتب عن ممارستها أخطار تكتسي طابع خاصا نظرا لحجم الأضرار الذي قد ينجم عنها كما هو الحال بالنسبة للأضرار الناشئة عن مخاطر المنشئات النووية[1].

لهذا فإن النظريات الموضوعية وجدت مجالها في نطاق التعويض عن الأضرار التي يتعرض لها الأشخاص في حياتهم وأجسادهم، والتي تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية، مما يطرح التساؤل حول مدى إمكانية الأخذ بهذه النظرية في ظل وجود علاقة تعاقدية؟

يرى بعض الفقه[2] أنه لا يوجد ما يمنع من الاستعانة بالأفكار الموضوعية داخل نطاق المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، فلا يشترط أن ينحصر تطبيقها داخل النطاق التقصيري، لأن المشرع لم يتطلب لانعقاد المسؤولية في هذا النطاق سوى عدم تنفيذ الإلتزام دون أن تكون هناك ضرورة لوجود خطأ بمعنى الإنحراف عن السلوك،

---

(1)- أنظر في هذا الإطار :
- محمد شكري سرور : التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص 43 وما بعد
- حسين حسن البراوي : مخاطر التطور بين قيام المسؤولية والإعفاء منها، دار النهضة العربية، لقاهرة، 2008، ص 75 وما بعد

أما بالنسبة للقضاء فإنه يستفيد في الفارق بين القواعد القانونية الخاصة بالقانون المدني وغيره من فروع القانون الأخرى، فيتوسع في بعض الحالات التي يستحيل فيها على الشخص المضرور إثبات وقوع خطأ، ويكون فيها المتسبب بالضرر ذو وضعية خاصة، كما هو الحال بالنسبة للأضرار التي تقع نتيجة لعمل المرافق العمومية التي تقوم الدولة بتسييرها، ففي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط "....وحيث إنه من جهة أخرى فإن مسؤولية المكتب المستأنف في هذه النازلة تكون قائمة ولو بدون ارتكابه لأي خطأ من جانبه استنادا إلى فكرة المخاطر الناتجة عن استعمال أشياء خطيرة كالقطار خاصة وأنه ليس بالملف ما يثبت أن الضرر راجع لخطأ الضحية، مما يبقى معه ما أثاره المستأنف بخصوص القوة القاهرة، والحادث الفجائي غير ذي جدوى وما أثير في هذا الشق غير منتج...."

- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 5 والصادر بتاريخ 2007/01/10 (غير منشور)

(2)- أنظر على سبيل المثال :
- معتز نزيه محمد الصادق المهدي : المتعاقد المحترف، م، س، ص 130
- حسن عبد الباسط جميعي : الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 ص 186
- Lambert (Y): Assurances des enterprises et de profession. Dalloz. 1979. p 325

كما أن المجتمعات الحديثة وبعد انتشار ظاهرة التخصص وممارسة الأنشطة من خلال مشاريع كبيرة تمتلك إمكانات هائلة أصبحت أكثر قبولا لفكرة المسؤولية الموضوعية التي تقوم على الضرر كأساس لها دون حاجة إلى البحث عن صدور خطأ من عدمه، وبالإضافة إلى ذلك فإن إعتبار البنك مهنيا يحترف عمليات البنوك ويمارسها بقصد تحقيق الأرباح يجعل من الواجب الإستعانة بالقواعد الموضوعية للمسؤولية المدنية، نظرا لإحترافه وتفوقه وإدراكه لحجم المخاطر التي تحيط بأعماله، إلى جانب إعتبارات الثقة التي يوليها العملاء له.

الفقرة الثانية : نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك

لقد سبق وأشرنا إلى تعرض البنوك أثناء ممارستها لأنشطتها إلى أشكال عديدة من المخاطر، منها ما يكون مرتبطا بطبيعة العمليات التي تمارسها البنوك، ومنها ما يرتبط بالوسائل والأدوات التي تستخدمها، وكذلك تلك التي تنتج عن السير اليومي للعمليات البنكية، وغيرها من المخاطر المختلفة التي تلازم العمل البنكي.

وقد وجد بعض الفقه(1) في تلك المخاطر سببا للتشديد من مسؤولية البنك المدنية تجاه المتعاملين معه، فهو شخص يحترف العمليات البنكية ويدرك تمام الإدراك طبيعة المخاطر التي تواجهه، وهو مطالب باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتلافي تحقق تلك المخاطر، وبالإضافة إلى ذلك فإنه لا يمكن إنكار الفوائد التي تعود على البنك نتيجة لممارسته لأنشطته في ظل المخاطر التي يقوم بإنشائها(2)، لهذا فالبنك يتحمل المسؤولية بناءا على قاعدة الغرم بالغنم(3).

فالودائع التي يقوم البنك بقبولها من عملائه تشكل مصدرا أساسيا لتمويل خزينته، بحيث يقوم باستغلال تلك الأموال بما يعود عليه بالربح، ولا يقدح في ذلك أن بعض الأموال الموجودة لدى البنك تنتج فوائد لأصحابها، لأنه لا مجال للمقارنة بين حصول المودعين على بعض الفوائد وبين المزايا التي تعود على البنك من جراء توظيف ودائعهم، فالبنوك لا تحتفظ في خزائنها إلا بجزء بسيط من الأموال بما يكفي لمواجهة أوامر عملائها، بينما تقوم بتشغيل الجزء الأكبر من تلك الأموال في الإستثمارات المختلفة، دون أن يكون لأصحابها أي نصيب من الأرباح التي تحققها.

---

(1)- أنظر :

- Gavalda (CH): operation de credit .J.C.P. Banque P26

(2)- وعلى خلاف ذلك يرى جانب من الفقه أنه من الواجب دعم البنك وتثمين جهوده بالتخفيف من مسؤوليته لا التشديد فيها.

- نعيم مغبغب : مبدأ عدم مسؤولية المصرف موزع الإعتمادات واستثناءاته، م، س، ص 199

(3)- وقد نص المشرع الأردني على هذه القاعدة في المادة 253 من القانون المدني

وبالإضافة إلى عنصر تحقيق الربح فقد اعتمد الفقه الذي يؤيد الأخذ بالأفكار الموضوعية في نطاق مسؤولية البنك المدنية على فكرة العدالة كذلك[1]، فالبنك أقدر من الناحية الإقتصادية على تحمل أي ضرر يمكن أن يقع نتيجة ممارسته لأنشطته، على عكس العميل الذي يمكن أن تعتبر أي خسارة ولو كانت يسيرة بمثابة كارثة بالنسبة إليه، لهذا فإنه من العدالة أن يتحمل البنك الأضرار التي تنتج عن العمليات التي يقوم بها مع عملائه لا سيما إذا ما علمنا أنه – أي البنك- يمكنه تغطية تلك الأضرار من خلال زيادة بسيطة في العمولات التي يتقاضاها مقابل الخدمات المقدمة للعملاء.

لكن عدم قدرة الفقه على إقناع المشرع باتخاذ النظرية الموضوعية كأساس عام للمسؤولية المدنية للبنوك في مواجهة عملائها دفع بالبعض[2] إلى القول بأن ذلك لا يمنع من الاعتماد على هذا الأساس في بعض الحالات التي يستحيل فيها على العميل إثبات صدور خطأ من البنك لتعويض الضرر الحاصل، ولعل من أهم تلك الحالات، الحالة التي يقوم فيها البنك بصرف شيك يحمل توقيعا مزورا من حسابات أحد عملائه[3].

وقد طرح هذا الإشكال أمام المؤتمر المنعقد بجنيف وكان التوجه العام يميل نحو تحميل البنك المسؤولية وفقا لنظرية المخاطر ما لم يصدر خطأ من عميله[4]، إلا أن أعضاء المؤتمر إختاروا أن يترك تحديد تلك المسؤولية للتشريعات الوطنية لكل دولة بحيث تنظمها وفقا لظروفها المختلفة، وقد أخذت عدة دول بنظرية المخاطر في مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور من بينها الكويت وسوريا والنمسا وسويسرا وغيرها من الدول[5].

وبالنسبة للتشريع الفرنسي فلم يتبنى هذه النظرية بل إنه لم يقم بتنظيم الحالة التي يقوم فيها البنك بالوفاء بشيك مزور على الإطلاق، مما أدى إلى تضارب في الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء، والتي لم تجد أمامها أساسا قانونيا تعتمد عليه سوى

---

(1)- حمادي مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، م، س، ص 256

(2)- نعيم مغبغب : مبدأ عدم مسؤولية المصرف موزع الإعتمادات وإستثناءاته،م، س، ص 201

- حمادي مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، م، س، ص 256

(3)- تجب الإشارة إلى أنه إذا ما وقع صرف الشيك نتيجة صدور خطأ من البنك كما في الحالة التي يكون فيها التزوير غير متقن وظاهر للعيان، يتحمل البنك المسؤولية، كما انه لا إشكال كذلك إذا ما كان الضرر الواقع للعميل بصرف الشيك المزور قد وقع نتيجة لخطأ منه، لكن الإشكال يطرح إذا ما كان التزوير متقن ولا يمكن إكتشافه إلا بواسطة خبير.

(4)- وقد تم عقد المؤتمر الخاص بتوحيد قواعد الشيك في جنيف عام 1931 حيث عهد إلى لجنة من الخبراء القانونيين لعصبة الأمم آنذاك بوضع قانون موحد للشيك وقامت اللجنة بوضع مشروع بناءا على ما تم التوصل إليه في مؤتمر لاهاي الذي سبق انعقاده عام 1912 بعد أن أدخلت عليه بعض التعديلات، لكن مشكلة الوفاء بالشيك المزور لم تحظى بإجماع من الدول المشركة في المؤتمر، أنظر :

- حمادي مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، م، س، ص 154 وما بعد

(5)- حمادي مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، م، س، ص 166 وما بعد

مبادئ العدالة بالإضافة إلى بعض النظريات التي قال بها الفقه[1]، وعلى الرغم من ذلك فقد تبنى القضاء الفرنسي في بعض أحكامه فكرة المخاطر في حدود ضيقة نسبيا[2]، وإن حاول قدر الإمكان عدم التصريح بذلك بشكل واضح نظرا لإخلاصه للنظرية الشخصية في المسؤولية المدنية التي تقوم على الخطأ.

والمشرع المغربي بدوره لم يقم بوضع نصوص خاصة تحكم مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، مما جعل القضاء يعتمد في أغلب الأحيان على القواعد العامة للمسؤولية المدنية[3]، لكن ما يلاحظ هو وجود توجه حديث في القضاء المغربي يحمل

(1)- ومن أهم النظريات تلك التي قال بها الفقيه الفرنسي (تالير)، حيث ميز هذا الفقيه بين الشيك الذي تم تزويره من الأصل والشيك المزور أثناء التداول، ففي حالة الشيك المزور من الأصل أي الذي يحمل توقيعا مزورا يقوم المزور بتقديم الشيك للبنك حسن النية بعد تقليد توقيع الساحب ويدفع قيمته دون أن يستطيع إكتشاف التزوير، ففي هذه الحالة لا يسأل الشخص عن دين إلا إذا كان قد سبق له الإلتزام به، والتزوير المقلد لا يساوي التوقيع الحقيقي وبالتالي فإن البنك هو الذي يتحمل المسؤولية، ما لم يثبت صدور خطأ من الساحب، نظرا لأنه لا يحتمي بأي قرينة قانونية تسمح له بأن يقيد المبلغ في الجانب المدين من حساب العميل، وبالتالي فإن الشيك في هذه الحالة يفقد أي قيمة قانونية ولا يعتبر ورقة تجارية ولا يستفيد البنك من قرينة صحة الوفاء المقررة لمن يدفع قيمة ورقة تجارية في ميعاد استحقاقها دون وجود معارضة، أما الحالة الثانية والتي يتم فيها التزوير أثناء التداول فيتم فيها إصدار الشيك صحيحا من قبل الساحب بعد توقيعه عليه، لكن يتعرض أثناء تداوله للتزوير فإن البنك في هذه الحالة باعتباره مودعا لديه يبرأ من المسؤولية متى صدر الشيك من الزبون وحمل في ظاهره مظاهر الصحة، أنظر في عرض لنظرية تالير وغيرها من النظريات:

- حمادي مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، م، س، ص 92 وما بعد

(2)- وذلك من خلال اعتناق نظرية تالير في شقها المتعلق بمسؤولية البنك عن الشيك المزور من الأصل حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن البنك كمودع لديه لا تبرأ ذمته تجاه العميل صاحب الحساب الذي لم يرتكب أي خطأ إذا أوفى بشيك مزور من الأصل، لأن أمر الوفاء هنا لا تتوفر له في أي لحظة الصفة القانونية للشيك لافتقاره للشرط الأساسي لوجوده ألا وهو توقيع الساحب، فالبنك لا =يبرأ من التزامه برد الوديعة إلا بالوفاء بناءا على أمر صحيح صادر إليه من المودع، والشيك المزور لا يعتبر والحقيقة سندا صحيحا وطبقا للمادة 1239 من القانون المدني يجب أن يتم الوفاء بين يدي الدائن الحقيقي أو وكيله أو الشخص المرخص له قانونا أو قضاء في تلقيه، وبالتالي فإذا قام البنك بالوفاء بالشيك المزور من الأصل فإنه يكون مسؤولا عن ذلك ولا حاجة هنا لإثبات خطئه لأنه يتحمل في الأصل المسؤولية ما لم يثبت خطأ العميل.

Cass.Com. 3 janv 1978

- أشار إليه حمادي مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، م، س، ص 143

(3)- وتلجأ المحاكم عادة إلى مقتضيات عقد الوديعة أو الوكالة لتقرير مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور مع مراقبة مدى تطبيق القواعد العامة لمسؤولية المدنية من ضرورة صدور خطأ من البنك وعدم بذله العناية اللازمة للتأكد من صحة التوقيع الوارد على الشيك، ففي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بفاس "..... وحيث أن الطبيعة القانونية للعلاقة بين الزبون والبنك باعتباره مؤسسة ائتمانية تكيف على كونها عقد وديعة خاضعة لأحكام عارية الاستهلاك وفق مقتضيات الفصلين 782 و 856 من ق ل ع والمادة 509 من ق م ت والتي تلزم المودع لديه أن يرد الوديعة –النقود- إلى صاحبها عند الطلب أو وفق شروط عقد الوديعة ، وحيث أن من أهم التزامات المودع لديه ضمان الوديعة وذلك بعدم التصرف فيها بدون إذن المودع مع الأخذ بعين الاعتبار أحكام المادة 509 من ق م ت، وحيث انه تبعا لذلك وبحكم أن البنك مودع لديه محترفا فانه ملزم برد قيمة النقود المودعة وان حق استرجاع هذه النقود لا يطاله التقادم ما دامت العلاقة قائمة بين الطرفين..."، كما جاء في قرار آخر صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء "... وحيث انه فضلا عن ذلك فانه بالرجوع إلى نموذج توقيع الطاعن المودع لدى البنك المستأنف ضده والمتعلق بالحسابات الثلاث التي يدعي الطاعن تعرضها لاختلاسات عن طريق صرف شيكات لا تحمل توقيعه يتجلى بوضوح أن الطاعن

البنك مسؤولية الوفاء بالشيك المزور بناءا على نظرية المخاطر حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة التجارية بأكادير "... وحيث أن البنك مسؤول أمام ساحب الشيك عن هذا الخطأ الذي وقع من مستخدميه، وعلى كل حال فإن الأساس الحديث لمسؤولية البنك بدأ يتسع حتى للحالة التي يكون فيها التوقيع متقن التقليد وذلك اعتمادا على أساس آخر وهو فكرة مخاطر المهنة..."(1).

أما التشريع الأردني فهو يعتبر من بين التشريعات التي أخذت بنظرية المخاطر في مسؤولية البنك عن الوفاء بشيك مزور وذلك في المادة 270 من القانون التجاري(2)، حيث إن البنك يكون مسؤولا في الأصل متى وقع للعميل ضرر نتيجة الوفاء بشيك مزور دون حاجة إلى إثبات خطئه ما لم يقم هو بإثبات صدور خطأ من العميل أدى إلى حدوث ذلك الضرر له(3)، وقد أكدت محكمة التمييز هذا الأمر في

قد أودع التوقيع الذي التزم باستعماله في صرف الشيكات التي يتعامل بها مع البنك المستأنف ضده بتاريخ 1997/08/08 وانه بمقارنة التوقيع المذكور بالتوقيع المضمن بالشيكات محل النزاع يتضح أن التوقيعين يتشابهان إلى حد كبير ويصعب القول بأنها ليست لشخص واحد خاصة وان البنك ملزم فقط بإجراء فحص ظاهري للتوقيعات ومقارنتها بالنماذج المودعة لديه.."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس رقم 1459 الصادر بتاريخ 2007-10-10 (غير منشور)
- قرار محكمة الإستئناف بالدار البيضاء رقم 1363/ والصادر بتاريخ 2000/06/20 (غير منشور)

(1)- حكم صادر عن المحكمة التجارية بأكادير رقم 2001/624 بتاريخ 2001/06/28 المرافعة عدد 14 سنة 2004 ص 282

وقد جاء في حكم آخر لنفس المحكمة "... وحيث إن الحالة الثانية المتمثلة في كون التزوير كان متقنا ولا يمكن اكتشافه إلا من ذوي الاختصاص كما في النازلة الحالية فإنه وإن كان خلافا في بعض الفقه والتشريع المقارن إلا أن جانبا هاما من الفقه والتشريع (كما في التشريع المصري الذي ينص صراحة عن قيام مسؤولية البنك وبرد المبلغ للساحب وأن أي تنصيص مخالف باطل) يرى مسؤولية البنك أو ينحى القضاء في كل من مصر وفرنسا إلى قرار المسؤولية مهما بلغت درجة إتقان الشيك...."

- حكم صادر عن المحكمة التجارية بأكادير رقم 2003/617 بتاريخ 2003/06/09 مجلة المرافعة عدد 14 سنة 2004 ص 290

(2)- التي نصت على " 1- يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على شيك مزوراً أو محرف إذا لم يكن نسبة أي خطأ إلى الساحب المبين اسمه في الصك.2- وبوجه خاص يعتبر الساحب مخطئا إذا لم يحافظ على دفتر الشيكات المسلم إليه بما ينبغي من عناية."

(3)- وما يمكن ملاحظته في هذا الإطار أن محكمة التمييز في بعض القرارات الصادرة عنها تطلبت أن يكون الخطأ الصادر من العميل على قدر من الجسامة، فلا يكتفي من البنك التذرع بوجود أي خطأ من الزبون لإعفاء نفسه من المسؤولية، وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عنها ".. يستفاد من المادة 1/270 من قانون التجارة، أن البنك المسحوب عليه يتحمل الضرر المترتب على صرف شيك مزور وذلك استناداً إلى نظرية تحمل تبعة المخاطر. إلا أن ذلك يرد عليه قيد جزئي وهو تحمل الساحب جزءاً من الخطأ وهو عدم المحافظة على دفتر الشيكات المسلم إليه والسؤال المطروح هنا هل صدر من الساحب (المدعي) أي خطأ بالمحافظة على دفتر الشيكات موضوع الدعوى وبالرجوع إلى وقائع هذه الدعوى فقد توصلت محكمة الموضوع أن الشيك موضوع الدعوى سرق من جيب سيارة المدعي وأن المدعوة ابتسام هي التي قامت بصرف الشيك وقد ثبت أن التوقيع المدون على الشيك هو توقيع مزور. كما توصلت محكمة الموضوع أنه لم يصدر من المدعي أي خطأ وأنه قام بإخبار البنك المسحوب عليه الشيك كما تقدم بشكوى لدى المدعي العام مفادها سرقة ورقة شيك وحيث أن وجود خطأ من قبل المدعي من عدمه هو من صلاحيات محكمة الموضوع. وحيث توصلت المحكمة بعدم حصول أي

العديد من القرارات الصادرة عنها[1].

والحقيقة أن إعفاء العميل من عبء إثبات خطأ البنك في حالة الشيك المزور يتوافق مع مبادئ العدالة والإنصاف، خصوصا في الحالات التي يكون فيها التزوير متقنا، فمن غير المقبول أن يتحمل الزبون تلك الأضرار دون أن يكون له يد في وقوعها وهو الطرف الضعيف، بينما يعفى الطرف الأقدر على تحملها من ذلك، ومن جهة أخرى فإن البنك يلتزم بالمحافظة على ودائع عملائه وردها عند طلبهم ويكون التزامه في ذلك التزاما بتحقيق نتيجة، ولكن التساؤل المطروح في هذا الإطار هو هل يمكن الاعتماد على نظرية المخاطر لمساءلة البنك عن الأضرار التي تحدث نتيجة إستخدام أدوات التحويل الإلكتروني لأموال، قياسا على حالة الشيك المزور؟

يذهب بعض الفقه[2] في هذا الإطار إلى أن البنك يكون مسؤولا عن الأضرار التي تحدث نتيجة إستخدام التكنولوجيا الحديثة في العمليات التي يجريها بناءا على قواعد المسؤولية الموضوعية، وخصوصا في الحالات التي تعجز فيها قواعد المسؤولية العقدية عن تمكين العميل من الحصول على تعويض للأضرار الواقعة له وذلك بناءا على قاعدة الغرم بالغنم، فالبنك يغنم من استثمار أموال العملاء لهذا فإنه يتحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك، لكن ما يلاحظ أن هذا التوجه لا يبين السند القانوني الذي يعتمد عليه للقول بذلك،

خطأ من المدعي وبالتالي عدم تحمله لأي مسؤولية..."، بينما نجد أنها اعتبرت في قرارات أخرى أن الزبون يكون مسؤولا عن مخاطر الوفاء بالشيك مهما كان خطئه يسيرا فقد جاء في قرار في هذا الشأن "... أوجب المشرع الأردني بالمادة 270 أن يتحمل البنك المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على وفاء الشيك المزور بشرط ألا ينسب أي خطأ للساحب وتشمل أي ضرر يقع بناء على وفاء شك مزور سواء أكان هذا التزوير متقنا أم غير متقن ولا تنتفي هذه المسؤولية إلا بنسبة خطأ إلى الساحب مهما كان يسيرا بعدم محافظته على دفتر الشيكات المسلم إليه بما ينبغي من عناية لما سبق بيانه.."

- قرار تمييز حقوق رقم 2007/615 والصادر بتاريخ 18/06/2007 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية
- قرار تمييز حقوق رقم 2000/396 والصادر بتاريخ 19/07/2000 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)- فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية ".. وبالتالي فإن البنك بالنتيجة هو الذي يتحمل ما لحق بالمدعي من ضرر على اعتبار أن مسؤوليته هي رد قيمة المبالغ التي تم إيداعها لديه عند الطلب . يضاف إلى ذلك أنه لا بد من تطبيق نظرية تحمل تبعة المخاطر وهنا فإن المصرف هو الذي يتحمل هذه النتيجة باعتباره الطرف الأقوى على التحمل وهو الملزم برد المبالغ المودعة لديه والتي تم سحبها بموجب إسناد مزورة إلا إذا ثبت خطأ صاحب الحساب...."، كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة "..... توجب نظرية مخاطر المهنة التي أخذ بها الفقه والقضاء في مسؤولية البنوك على المسحوب عليه أن يتحقق من صحة إمضاء الساحب على الشيك وذلك بمقارنة التوقيع على نموذج الإمضاء المحفوظ لديه والفحص لهذا التوقيع..."

- قرار تمييز حقوق رقم 2007/553 والصادر بتاريخ 28/08/2007 والمنشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية
- قرار تمييز حقوق رقم 2000/396 والصادر بتاريخ 19/07/2000 سبقت الإشارة إليه

(2)- أنظر في ذلك :

- حازم نعيم الصمادي : المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، م، س، ص 111
- كيلاني عبد الرضى محمود: المسؤولية عن الإستعمال الغير مشروع لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص182
- الهادي شايب عينو : خطأ المعلومات في إطار حسابات العملاء، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الجوانب القانونية الناجمة عن إستخدام الحاسب في المصارف، إتحاد المصارف العربية، بيروت، 1999، ص 255

لهذا يمكن إعتبار هذا التوجه بمثابة دعوة للمشرع لتبني رأي معين وليس توضيحا لحقيقة الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية البنك في هذا الإطار.

وعلى خلاف التوجه السابق نجد أن توجها آخر في الفقه[1] يرى بأنه من غير الممكن قياس حالة إستخدام أدوات التحويل البنكي الإلكتروني على حالة الشيك المزور، ذلك أنه في هذه الحالة الأخيرة تكون العلاقة بين الأطراف منظمة بمقتضى قواعد الوديعة أو الحساب ولا يوجد عقد خاص ينظم العمل بالشيك، على عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة لأدوات التحويل الإلكتروني التي يجب فيها الرجوع دائما للعقد المبرم بين الطرفين لتحديد المسؤول في كل حالة على حدة، مما يبقى معه التساؤل مطروحا حول الأساس الملائم لمسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني؟

المبحث الثاني

خصوصية المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال

تبين لنا مما سبق بحثه تعدد الآراء والتوجهات بخصوص مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني، الأمر الذي يرجع أساس إلى الخصوصية التي تتمتع بها هذه العمليات وتميزها عن بقية الأعمال البنكية التقليدية، إضافة إلى عدم وجود النصوص القانونية التي تحكمها وتقرر موقفا قانونيا واضحا بخصوصها في كل من التشريعين المغرب والأردني، لهذا فإن تحديد الأساس القانوني لمسؤولية البنك تتطلب محاولة التوفيق بين مختلف المصالح المتعارضة التي تتنازعها، وسنبدأ في هذا المبحث بدراسة مميزات المسؤولية المدنية الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني في محاولة لإيجاد الأساس القانوني الملائم الذي يحكمها والذي يوفر أقصى حماية للعميل (المطلب الأول)، ومن ناحية أخرى فإن المبالغة في حماية طرف والتشديد على الطرف الآخر قد يكون من شأنه أن يأتي بنتائج عكسية، لهذا كان من اللازم البحث عن الوسائل التي تبقي على مسؤولية البنك المشددة وفي نفس الوقت لا تؤدي إلى عزوفه عن ممارسة أنشطته وتقديم خدماته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ضوابط مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال

إن خصوصية العمليات التي تقوم بها البنوك بالاعتماد على الوسـائل الإلكترونيـة الحديثة جعلت المسؤولية التي تقوم عن الأضرار الناتجة عنها تتوفر على مجموعة مـن

(1)- أنظر في ذلك :
- فياض ملفي القضاة : مسؤولية البنوك عن إستخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، م، س، ص 968
- نوري حمد خاطر : مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن إستخدام النظام الرقمي في العمليات المصرفية، م، س، ص 1825

الميزات التي تميزها عن المسؤولية التي تنتج عن بقية الأعمال الأخرى، تتمثل أبرز مظاهرها في خصوصية طبيعتها القانونية (الفقرة الأولى)، وخصوصية الأساس الذي تقوم عليه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : طبيعة مسؤولية البنك المدنية الناشئة عن عمليات التحويل الإلكتروني

يستدعي تحديد الأساس القانوني لمسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال ضرورة إيجاد الوسائل الملائمة التي تكفل حماية الطرف المضرور بضمان حصوله على تعويض دون وضع حواجز أمامه من قبيل إرغامه على إثبات ما قد يستحيل عليه إثباته، وقت تبين أنه من الصعب الوصول إلى هذا الهدف بالرجوع للقواعد التقليدية في المسؤولية المدنية التي تتطلب قيام المضرور بإثبات صدور الخطأ الذي أدى إلى إحداث الضرر.

والحقيقة أن إشكال تطبيق قواعد المسؤولية المدنية التقليدية كما هي على العمليات التي تقوم البنوك بممارستها لا يطرح فقط في حالة استخدام أدوات التحويل البنكي الإلكتروني بل إنه يتعلق بالعمل البنكي بشكل عام، لهذا فإن أغلبية الفقه المهتم بمسؤولية البنوك المدنية يتفق على انه من الصعوبة بمكان تطبيق قواعد المسؤولية المدنية التقليدية على العمليات البنكية، فهذه العمليات تتضمن العديد من الخصائص التي تميزها، لا من حيث طبيعة الشخص الذي يمارسها، ولا من حيث الخطورة الإستثنائية الناجمة عنها، وكذلك لما تضمنه هذه العمليات غير الملموسة من عوامل الثقة والأمان والخبرة، والتي أدت إلى صعوبة الحديث عن نوع واحد من المسؤولية في إطارها شأنها شأن بقية الأعمال التي يمارسها المهنيين[1].

(1)- أنظر في ذلك على سبيل المثال :
- نجوى أبو هيبة : المسؤولية المدنية للبنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ص 19
- عبد العالي العضراوي : المسؤولية المدنية للأبناك في ضوء أحكام وقرارات المحاكم التجارية، م، س، ص 3 وما بعد
- عبد الحميد الشواربي : عمليات البنوك، م، س، ص 511
- نعيم مغبغب : مبدأ عدم مسؤولية المصرف موزع الإعتمادات وإستثناءاته،م، س، ص 201
- حماد مصطفى عزب : مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، م، س، ص 214 وما بعد
- محمد صبري : الأخطاء البنكية، م، س، ص 21 وما بعد
- Routier (R) : la responasabilite du banquier .Op. cit. p6
- Viney : les grandes orientations de la responsabilitie civile. en enterieurs de vanteree. J.C.P 1992. p97
- Escarra et Rault : Traite de droit commercial. Dalloz . 1979. p 265
- Ripert et Robot : Traite elementaire de droit commercial . 8eme edition. P 2279
- Gavalda et Stoufflet : Droit de la banque. P.U.F 1974 p 323
- Vezian : la responsabilite du banque endroit prive francais . librairie technique. Paris . 1977. P 111
- Pasqualini (F): Responsabilité du banquier, Répertoire de droit commercial, Dalloz 2010, P2

فزيادة الهوة بين طرفي عقد تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني على إعتبار أن البنك مؤسسة مالية تتعاطي نشاطا في ظل سيادة الثقة المتبادلة بينها وبين العميل، أدى إلى تفرد البنك في فرض شروطه وإملاء إرادته على العملاء، وبالتالي نجد أن معظم الشروط التي تتضمنها تلك العقود تصب في مصلحة البنك وتفرض التزامات وواجبات على العملاء، بينما يجد البنك معظم إن لم نقل أغلب الالتزامات المفروضة عليه خارج نطاق العلاقة التعاقدية، وذلك في الأعراف والعادات المهنية، التي تلعب دورا هاما في نطاق عمليات التحويل البنكي الإلكتروني نظرا لخلو معظم القوانين من تنظيم خاص بها، الشيء الذي يجعل القضاء يعتمد على تلك الأعراف لتحديد التزامات الأطراف تجاه بعضهم إذا ما خذله العقد في ذلك[1]، وهو ما لا يطرح إشكالا كبيرا في تعيين حدود العقد إذا ما اعتبرنا أن تلك الأعراف تعتبر من مستلزمات العقد المبرم بين الطرفين.

لكن ظهور بعض التوجهات القضائية التي تنظر إلى البنك باعتباره محترفا والتي قامت بالتشديد من معيار التزام البنك في مواجهة الأشخاص الذين يتعاملون معه[2]، أو

---

(1)- ويتبين عادة أن المحاكم تلجأ إلى الخبرة لبيان الأعراف والعادات السارية بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني نظرا لحداثة مثل هذه العمليات، ففي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء "..... حيث تمسك الطاعن في استئنافه بكون المحكمة التجارية ارتأت على أن من شروط التعامل بالبطاقات البنكية يوجد شرط أساسي وهو عدم تجزئة المشتريات إلا أنها لم ترتب الأثر الناجم عن هذا الإخلال بالالتزام كما أن المستأنف عليه بقبوله استعمال البطاقات مطالب بفحصها والرجوع إلى البنك من اجل التأكد من صلاحية استعمالها وان لائحة البطائق الغير المقبولة لا تكفي وحدها للتأكد من صحة البطائق المقدمة، وحيث انه استنادا إلى ما تمسك به الطاعن في استئنافه فقد أصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارا تمهيديا يقضي بإجراء خبرة بقصد التأكد من الشرط المتعلق بعدم تجزئة المشتريات وتحديد مبلغ الاستفادة من البطاقة والقول مما إذا كانت العملية موضوع النزاع والتي قام بها المستأنف ضدها مطابقة لشروط العقد وللأعراف المتداولة بهذا الخصوص أم لا كما يتعين التأكد من كون زبون المستأنف ضده المستعمل للبطاقة هو نفسه صاحبها أم لا..."

– قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2004/1446 والصادر بتاريخ 2004/04/28 (غير منشور)

(2)- حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة التجارية بأكادير "...وحيث إنه من الالتزامات الملقاة على عاتق البنك أن يسهر على المطالبة بالأوراق التجارية المعهود إليه بتحصيل مبلغها وأن يتخذ لهذا الغرض كافة الإجراءات المصرفية على الوجه الصحيح في الموعد القانوني ويتعين عليه في حالة حصوله على الوفاء بالورقة التجارية في تاريخ الاستحقاق أن يعمل إما على متابعة الموقعين عليها من أجل استخلاصها وإما إجراء تقييد عكسي بقيمتها في الرصيد المدين للحساب مع إرجاع الورقة التجارية إلى الزبون عملا بمقتضيات المادة 502 من مدونة التجارة، مبالغها للمدة المذكورة أعلاه يتنافى مع التزاماته بوصفة محترفا متخصصا ومأجور فيما يعهد إليه..". كما جاء في حكم آخر لنفس المحكمة "..... وحيث إن البنك كلما قبل الاستمرار في تشغيل حساب بناء على ملف قانوني منتهى الصلاحية، فان ذلك لا يعدو أن يكون اعتبارا منه للوكالة الظاهرة التي قد تكون تبدت له عناصرها والتي يكون قد اعتمدها وللمحكمة مراقبة عناصرها حين حصول نزاع بصددها مع الشخص المعنوي، والذي عليه العمل البنكي هو أن الابناك تحصر على إنذار الشخص المعنوي بوجوب تحيين ملفه القانوني قبل انتهاء صلاحيته بأجل معقول لكونها وهي ماسكة سحاب الزبون يفترض فيها الحرص على مصالحه والقيام بالاحتياط لها بما يجب في شخص مودع ووكيل محترف، حيث إن البنك حين عمد إلى قبول تشغيل حساب بموجب وكالة ما يناهز عن عشر سنوات قبل أن تعود لتعطل العمل لتعود أخيرا لتقبل إعمالها دون أن يكون بالملف عنصر يسمح بتفهم موقفه بكون قد أتى خطأ مهنيا في تسيير حساب الزبون..."

– حكم المحكمة التجارية بأكادير عدد 2003/146 بتاريخ 2003/01/30 والمنشور في مجلة المرافعة عدد 14 سنة 2004 ص331

تلك التي قامت بإيجاد بعض الالتزامات الجديدة التي تتفق مع صفته تلك بما لم يكن منصوصا عليها في العقد ولم تتجه إرادته إلى الالتزام بها، أدى إلى حدوث خرق في نطاق العقد الذي يجمع بين الطرفين، فظهر نوع من الغموض حول الطبيعة الحقيقة للمسؤولية المدنية الناشئة عن العمل البنكي.

فالمسؤولية العقدية التي تنتج عن الالتزام ببذل عناية تقتضي أن يقوم الشخص المدين ببذل عناية تم تحديدها وفقا لمعيار موضوعي هو معيار الشخص المعتاد والذي يتم تجريده من جميع ظروفه الشخصية ، لكن الأمر يختلف تماما عما هو عليه في نطاق مسؤولية البنك، إذ أن الظروف الشخصية والمتعلقة باحتراف البنك ومهنيته تلعب دورا مهما في تحديد سلوك البنك الذي أخل بالتزامه.

وإن كان تحوير بعض القواعد العامة في المسؤولية العقدية لا يخرج المسؤولية المدنية للبنك عن نطاقها العقدي، فإن الاعتراف بإمكانية قيام المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه الزبون المتعاقد في بعض الحالات يعطي هذا النوع من المسؤولية خصوصيتها، تلك الخصوصية أدت في بعض الأحيان إلى الاكتفاء بإقرار مسؤولية البنك تجاه عميله دون البحث في طبيعتها، فمحاولة وضع المسؤولية ضمن الإطار العقدي أو التقصيري قد يكون من الصعوبة بمكان في بعض الأحيان.

وقد واجهت محكمة التمييز الأردنية هذا الإشكال عند محاولتها لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية للبنك عن الوفاء بالشيك المزور، فاعتبرت في بداية الأمر أن المسؤولية التي تقوم في هذه الحالة هي مسؤولية تقصيرية في قرار لها جاء فيه ".. يترتب على المسحوب عليه وفقاً للقواعد العامة والأعراف المستقرة في معاملات البنوك أن يقارن تواقيع الساحب بمعرفة مستخدمين مختصين على النموذج المحفوظ لديه ولا تنتفي مسؤوليته وهي هنا مسؤولية تقصيرية..."[1]، بينما اعتبرت في قرار آخر لها أن مسؤولية البنك في هذه الحالة هي مسؤولية من نوع خاص لا تخضع للتقسيم التقليدي للمسؤولية المدنية وذلك في قرار جاء فيه "... إن أساس مسؤولية البنك عن صرف شيك مزور من حساب العميل لا تقوم على المسؤولية التقصيريه المنصوص عليها في المادة 256 من القانون المدني بل تقوم على مسؤولية قانونيه حدد شروطها قانون التجارة باعتباره قانوناً

- حكم المحكمة التجارية بأكادير عدد 2001/1066 والصادر بتاريخ 2001/11/22 والمنشور في مجلة المحاكم المغربية عدد 94 سنة 2002 ص 210

(1)- قرار تميز حقوق رقم 1970/246 والصادر بتاريخ 25/10/1970 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية وفي نفس هذا الإطار جاء في قرار لنفس المحكمة " إذا قام البنك المسحوب عليه بدفع قيمة شيك مزور فان المسؤولية عن هذا الوفاء تتحدد وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية فإذا راعى المسحوب عليه القدر اللازم من الحيطة عند الوفاء بقيمة الشيك كان وفاؤه صحيحا، أما إذا صدر عنه إهمال ودفع قيمة الشيك على الرغم من استلامه معارضة بالوفاء كان وفاؤه خاطئا يتحمل تبعته ويلزم بالوفاء مرة أخرى.."

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1987/173 والصادر بتاريخ 07/03/1987 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية.

خاصاً..."[1]، ولا شك أن مثل هذه التوجهات القضائية من شأنها أن تدعم الآراء التي ترى بضرورة تبني نظام خاص للمسؤولية المدنية التي تنشأ عن العمل المهني عموما والبنكي على الخصوص.

لكن في الوقت الحالي والذي لا يزال ينظر فيه إلى أن المسؤولية المدنية لأي شخص لا يمكن أن تخرج عن الإطار العقدي أو التقصيري، فإنه لا مجال لإنكار العلاقة التعاقدية التي تربط البنوك بعملائها فيما يتعلق بعمليات التحويل البنكي الإلكتروني، والإعتراف بالعقد يقتضي الإعتراف بالآثار الناتجة عنه وأن المسؤولية التي تقوم في ظل تلك العمليات لا تخرج من نطاق المسؤولية العقدية، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أن تلك المسؤولية مشددة نوعا ما تبعا لصفة البنك كشخص مهني محترف، ودون إنكار إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه زبونه المتعاقد في بعض الحالات التي تمثل استثناءا على مبدأ عدم جواز الخيرة من قبيل ارتكاب البنك لخطأ جسيم في مواجهته أو ارتكاب الغش أو كون الإخلال العقدي يشكل في نفس الوقت جريمة.

والاعتراف بالعقد والأثر العقدي لا يمثل بالضرورة وفي جميع جوانبه أمرا سلبيا بالنسبة للعميل المضرور من إحدى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، فالبنك وفقا لمقتضيات المسؤولية العقدية لا يكون مسؤولا فقط عن فعله الشخصي داخل النطاق العقدي بل كذلك عن فعل جميع الأشخاص الذين يساعدونه في تنفيذ التزاماته في مواجهة عميله كمختلف شركات الاتصال والمبرمجين ومزودي مختلف الخدمات الإلكترونية بالإضافة إلى البنوك الأخرى، والجهات المسؤولة عن تنفيذ عمليات التحويل وبشكل عام مختلف الأشخاص الذين يستعين بهم البنك لتقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني[2].

---

(1)- قرار تمييز حقوق رقم 2000/396 والصادر بتاريخ 19/07/2000 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- ويسمى هذا النوع من المسؤولية بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير ويفترض في هذا النوع من المسؤولية أن هناك التزاما عقديا لم يتم تنفيذه، إلا أن ذلك لا يرجع لفعل المدين بل لفعل شخص آخر استخدمه المدين لتنفيذ العقد وهو من يطلق عليه الغير، وقد حدد الفقه المقصود بالغير في هذا الإطار بأنه من لا يعتبر أجنبيا عن العقد، فإما أن يكون مساعدا للمدين أو بديلا عنه في تنفيذ العقد، بينما أن البعض الآخر يرى بأن هذا الغير هو كل من كلف قانونا أو اتفاقا بتنفيذ العقد، وقد كان ظهور هذه النظرية كنتيجة لمحاولة قام بها الفقه للموافقة بين مبدأ نسبية آثار العقد وضرورة عدم ترك التعويض دون ضرر، حيث إن المضرور في مثل هذه الحالة لا يمكنه الرجوع على الغير طبقا لقواعد المسؤولية العقدية لأنه لم يكن ملتزما فيه، وفي نفس الوقت لا يمكنه الرجوع على الشخص المتعاقد معه لأنه لم يصدر منه الخطأ الذي سبب الضرر للدائن، وقد استنتج الفقه المصري هذه النظرية بشكل غير مباشر من مقتضيات المادة 217 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه لا يجوز لمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن فعله الشخصي ولكن يمكنه إعفاء نفسه من المسؤولية عن فعل الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ العقد، أما القانون المغربي فقد كان صريحا في الأخذ بهذه النظرية من خلال الفصل 233 من ق.ل.ع والذي نص على أنه " يكون المدين مسؤولا عن فعل نائبه أو خطئه وعن فعل الأشخاص اللذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته في نفس الحدود التي يسأل فيها عن خطأ نفسه"، أما بالنسبة للمشرع الأردني فيلاحظ بأنه لم يضع نصا قانونيا مشابها لما فعل نظيره المغربي، إلا ما يلاحظ أن أهمية ميدان عمل هذه النظرية جعلت البنك المركزي الأردني يتدارك هذه الوضعية ونص في المادة العاشرة من تعليمات ممارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكترونية رقم (2001/8) على انه " يكون البنك مسؤولا مسؤولية مباشرة عن

وإذا ما توصلنا إلى أن طبيعة المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال هي مسؤولية عقدية، فإن الدعوة إلى التشديد من هذه المسؤولية تبعا لكون البنك متعاقد مهني يحترف العمليات المالية الإلكترونية يجعل من الصعوبة بمكان الاعتماد على نفس الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية في ظل القواعد التقليدية، فهذا الأساس يجب أن يتخذ خصوصية تتواءم مع طبيعة الأعمال البنكية الإلكترونية، وطبيعة الشخص الذي يمارسها.

الفقرة الثانية : الأساس القانوني لمسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني

قبل الحديث عن أساس مسؤولية البنك في القانونين المغربي والأردني (ثانيا)، سنقوم ببيان موقف التشريعات الحديثة التي نظمت قواعد المسؤولية المدنية الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني ضمن نصوص خاصة (أولا).

أولا : أساس مسؤولية البنك في التشريع الفرنسي

من خلال الإطلاع على القواعد القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال في التشريعات الحديثة التي نظمت هذه العمليات، فإن أول ما يمكن ملاحظته هو قيامها بوضع نظام خاص لمسؤولية البنك عن الأضرار التي قد تحدث للعميل في إطار تلك العمليات، يختلف اختلافا تاما عما قررته القواعد العامة للمسؤولية المدنية، ويتضح ذلك من كونها لم تتقيد فيه بالتمييز بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية والقواعد الخاصة بكل منها والأساس الذي تقوم عليه، والأهم من ذلك كله أنها أعفت العميل المضرور من عبء إثبات الخطأ في معظم حالات قيام مسؤولية البنك من خلال الاعتماد على نظرية المسؤولية الموضوعية تارة، وافتراض خطأ البنك تارة أخرى.

فالبنك يتحمل المسؤولية وفقا للتشريعات الحديثة دون حاجة لإثبات خطئه وبناءا على نظرية المخاطر في جميع الحالات التي يدعي فيها العميل وجود قيد غير مشروع على حسابه نتيجة إستخدام أداة التحويل الخاصة به من طرف الغير، ولا يمكن له التحلل من المسؤولية إلا إذا قام بإثبات صدور خطأ جسيم من طرف العميل أدى إلى وقوع هذا الضرر له، وهذا الخطأ يجب أن يصل إلى درجة الإحتيال إذا تم إستخدام أداة التحويل الخاصة بالعميل من طرف الغير دون إستعمال الرمز السري الخاص بها[1]، أما إذا

أي تجهيزات أو انظمة أو تعاقدات أو خدمات يقدمها طرف ثالث له بخصوص تنفيذ عملياته بوسائل إلكترونية"، أنظر في المسؤولية العقدية عن فعل الغير "

- عبد الرشيد مأمون : المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984 ص 49
- محمد بوتخيل : المسؤولية العقدية عن فعل الغير في ضوء قانون الإلتزامات والعقود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق ، الدار البيضاء، السنة الدراسية 1986-1987 ص 40 وما بعد
- صبري محمد خاطر : الغير عن العقد، دار الثقافة، عمان، 2001 ص 77

(1)- أنظر الفقرة الأولى من المادة (L133-19) من قانون النقد والمالية الفرنسي

أستعمل الرمز السري مع أداة التحويل فإنه يكفي من البنك أن يثبت صدور خطأ جسيم من العميل بالقيام بالواجبات المفروضة عليه[1].

وبالتالي يسأل البنك بناءا على فكرة المخاطر في معظم الحالات التي لا يمكن فيها تحديد مصدر الخطأ الذي أوقع الضرر للزبون، وكذلك الحالات التي لا يكون للزبون فيها يد في وقوع الضرر، كالحالة التي يقوم فيها البنك بالوفاء نتيجة استخدام أداة تحويل الكتروني مزورة[2]، أو الحالة التي تفقد أداة التحويل فيها أو تتم سرقتها[3]، بالإضافة إلى الحالة التي لا يتم فيها استخدام أداة التحويل استخداما ماديا أو استخدمها دون ميزات الأمان المرتبطة بها كالأرقام السرية (كاستخدامها للشراء عبر الإنترنت)[4].

وقد أيقن المشرع الفرنسي وهو من أشد التشريعات تمسكا بفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بشكل عام أن نظرية المخاطر هي الوحيدة القادرة على سد العجز والقصور في فكرة الخطأ وإيجاد حل مناسب للحالات التي يكون فيها من المستحيل على الزبون إثبات صدور خطأ من طرف البنك، فالإعتماد على فكرة الخطأ في مثل هذه الحالات سيجعل من المستحيل على العميل الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة التعامل بالنظام الإلكتروني الذي يخضع تحت سيطرة البنك ورقابته، ولا شك أن هذا الحل يتلاءم مع التوجهات الفقهية الداعية إلى نبذ فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية في إطار علاقة البنوك بعملائها لما تتضمنه هذه العلاقة من تفاوت في المراكز القانونية والإقتصادية لكل من طرفيها.

---

(1)- أنظر الفقرة الرابعة من المادة (L133-19) من قانون النقد والمالية الفرنسي

(2)- وقد جاء النص على ذلك في الفقرة الثانية من المادة (133-19) من قانون النقد والمالية الفرنسي والمادة 7 من قانون التحويل التونسي، حيث اعتبرت تلك المواد أن العميل لا يكون مسؤولا عن النفقات التي أجريت بالاعتماد على أوامر تحويل لم يصرح هو بها، وذلك في حالة ما إذا جاءت تلك الأوامر نتيجة للإعتداء على أداة التحويل الخاصة بالعميل وكانت أداة التحويل في حيازته وقت إجراء العملية غير المصرح بها، لكن مع ذلك فإنه في بعض الحالات قد يدعي الزبون عدم تنفيذه لعملية تحويل ما أو أنه لم يصرح بها ففي هذه الحالة يفترض خطأ البنك بحيث أن هذا الأخير يمكنه نفي صدور خطا منه إذا ما أثبت أن العملية تمت بواسطة أداة التحويل الخاصة بالعميل، ولم تتأثر بأي خلل فني أو غيره، وهو ما نصت عليه المادة (L133-23) من قانون النقد والمالية والتي تقابلها المادة 14 من قانون التحويل التونسي للأموال.

(3)- وذلك بعد قيام الزبون بإخطار البنك عن فقده لأداة التحويل الخاصة به أو سرقتها، حيث نصت المادة (133-20) من قانون النقد والمالية الفرنسي والمادة 7 من قانون التحويل التونسي على أن العميل لا يتحمل أي نفقات تمت بعد أن قام بإبلاغ البنك بفقده لأداة التحويل الخاصة به أو سرقتها، أما قبل الإبلاغ عن تلك الوقائع فإن العميل لا يتحمل من تلك النفقات إلا بما حدوده 150 يورو وفقا لما جاء في الفقرة الأولى من المادة (L133-19) من قانون النقد والمالية و 200 دينار وفقا لما جاء في المادة 11 من قانون التحويل التونسي، وبالإضافة إلى ذلك حمل المشرع الفرنسي البنك مخاطر إستخدام أداة التحويل المفقود أو المسروقة إذا تبين أن البنك لم يمتلك الوسائل الكافية التي تمكن الزبون من إعلامه بفقد أداة التحويل أو سرقتها حتى يستطيع إيقاف العمل بها وذلك في الفقرة الثالثة من المادة (L133-19) من قانون النقد والمالية.

(4)- وقد جاء النص على ذلك في المادة (L133-20) من قانون النقد والمالية حيث اعتبر المشرع الفرنسي أن العميل لا يكون مسؤولا عن أي نفقات تمت باستخدام أداة التحويل دون استخدام ميزات الأمان المتعلقة بها.

وتجدر الإشارة إلى أن افتراض مسؤولية البنك في هذه الحالات لا يكون في محله إذا ما ثبت صدور غش أو احتيال أو خطأ جسيم من طرف العميل في تنفيذه لالتزاماته[1]، حيث أنه من المقرر في هذه الحالات أن العميل يتحمل المسؤولية تبعا لنصيبه في حدوث الضرر، ولعل أهم الحالات التي يمكن أن تعفي البنك من المسؤولية في هذا الإطار هي عدم تنفيذ الزبون لواجبه بالمحافظة على أداة التحويل الخاصة به، أو عدم إخطار للبنك في جميع الحالات التي يخشى فيها الاستعمال غير المشروع لها من طرف الغير.

لكن مسؤولية البنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني لا تقوم على نظرية المخاطر بشكل مطلق، فالتشريعات الحديثة أعطت البنك الإمكانية لنفي صدور خطأ من طرفه في بعض الحالات الأخرى، ولعل أهمها تلك التي تتعلق بعدم تنفيذ الالتزام الرئيسي المتفق عليه في العقد وهو التقيد بأوامر العميل التي يصدرها باستخدام أداة التحويل الإلكتروني، فسواء لم يقم البنك بتنفيذ الأمر الصادر عن العميل بشكل كلي أو جزئي أو قام بتنفيذه بشكل معيب فإنه يفترض صدور خطأ منه[2].

ومع أن الأمر في هذه الحالات يتعلق بتنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد، والذي وفقا لقواعد المسؤولية العقدية يكون البنك بموجبه قد ارتكب خطأ بمجرد عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب للالتزام فلا يشترط وقوع خطأ فعلي منه، وما يبرر للمشرع الفرنسي اعتماده على فكرة الخطأ المفترض هو أنه أخذ بعين الاعتبار خصوصية الوسائل التي يستخدمها البنك لتنفيذ التزاماته والطابع التقني لها، فافتراض الخطأ في هذه الحالة يرتبط بتلك الوسائل ذلك أن البنك يلتزم بتوفير نظام الكتروني سليم خالي من العيوب، ووقوع ضرر للزبون يقيم قرينة مفادها حدوث خلل في الأجهزة التي يستعملها البنك، ونفي البنك لهذا الخطأ يكون بإثبات عدم وجود خلل أصاب تلك الأجهزة.

لهذا فإن موقف التشريعات الحديثة في هذه الحالة الأخيرة يتوافق مع الطابع الاحتمالي للعمليات التي يجريها البنك والتي تتداخل في ظلها العديد من العوامل التي قد لا تكون خاضعة لسيطرة البنك وحده، لهذا نجد أنها لم تتشدد في مسؤولية البنك كما في الحالات السابقة، واعتبرت أن الخطأ يكون مفترضا إذا لم يقم البنك بتنفيذ التزامه كله أو بعضه أو قام بالتنفيذ على نحو يخالف ما اتفق عليه مع الزبون أو الذي يوجبه القانون،

(1)- وقد نص المشرع الفرنسي على ذلك في الفقرة الرابعة من المادة (L133-19) من قانون النقد والمالية حيث أكد على أن الزبون يتحمل جميع النفقات الناتجة عن الأعمال الإحتيالية له وكذلك إذا ما صدر عنه إهمال جسيم في تنفيذه للالتزامات التي تقع على عاتقه، كما أنه لا بد من الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أعطى للبنك دائما وفي جميع الحالات إمكانية إعفاء نفسه من المسؤولية بإثبات وجود القوة القاهرة وذلك في المادة (L133-5) من قانون النقد والمالية، والتي تقابلها المادة 7 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي.

(2)- وقد نص المشرع الفرنسي على ذلك في المادة (L133-23) من قانون النقد والمالية والتي جاء فيها أنه في حالة إدعاء العميل بعدم إعطاء الأمر لتنفيذ عملية تحويل ما، أو أن العملية التي أمر بها تم تنفيذها على غير الوجه المتفق عليه، فإنه يجب على البنك إثبات صحة العمليات التي قام بها، وأنها لم تتأثر بأي خلل فني أو غيره، ويقابله ما جاء في المواد 7 و 14 من قانون التحويل التونسي.

فيكفيه في هذه الحالات نفي الخطأ من جانبه، دون أن يكون ملزما بإثبات خطأ الزبون بدوره.

ثانيا : أساس مسؤولية البنك في القانونين المغربي والأردني

لا شك أنه سيكون من الصعب على القضاء المغربي الذي يعترف في بعض الحالات بخصوصية المسؤولية المدينة للبنوك أن يتخلي عن الخطأ كأساس لمسؤولية البنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني في ظل عدم وجود قواعد قانونية خاصة تحكمها، وعدم وضوح الأساس القانوني المطبق عليها، فمن المؤكد أن المحاكم ستلجأ لقواعد المسؤولية المدنية التقليدية دون الخروج عن النطاق التعاقدي للعلاقة القائمة بين البنوك وعملائها، والحقيقة أن تطبيق المقتضيات التعاقدية لا يشكل في حد ذاته قصورا قضائيا، إنما هو تعبير عن المقتضيات القانونية المشبعة بروح مبدأ سلطان الإرادة والمسلمات المنبثقة عنه كمبدأ قوة العقد الملزمة تجاه أطرافه وتجاه القاضي(1).

ولا يختلف الوضع كثيرا بالنسبة للتشريع الأردني عما هو في إطار التشريع المغربي، فعلى الرغم من وضع المشرع الأردني لبعض القواعد القانونية المنظمة لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني سواء في قانون المعاملات الإلكترونية أو في التعليمات الصادرة عن البنك المركزي الأردني، فإننا لا نجد الكثير مما يمكن الاعتماد عليه لتحديد أساس مسؤولية البنك عن تلك العمليات، ولعل الاستثناء الوحيد جاء في المواد 27 و 28 من قانون المعاملات الإلكترونية الذي حدد مسؤولية البنك عن الأضرار التي تحدث لزبون نتيجة فقد أداة التحويل أو سرقتها أو إحتمال دخول الغير لحساب لحسابه، والتي تتقابل مع المادة 8/أ من تعليمات البنك المركزي.

وبغض النظر عن التعارض بين مضمون المادة 28 من قانون المعاملات الإلكترونية والمادة 8/أ من تعليمات البنك المركزي، يلاحظ أن ما جاء به القضاء المغربي بالاعتماد على القواعد العامة للمسؤولية المدنية ووفقا للشروط التعاقدية يعد أكثر حمائية للعميل مما وضعه المشرع الأردني من نصوص قانونية، فهذا الأخير أقام مسؤولية البنك في الحالة المنصوص عليها في المواد السابقة على أساس الخطأ المفترض، حيث مكن البنك من إعفاء نفسه من المسؤولية عن العمليات التي تمت بعد قيام العميل بإخطاره عن فقده أو سرقة أداة التحويل إذا ما أثبت أنه بذل العناية الكافية لتجنب حدوث الضرر، أو صدور أي إهمال أو خطأ من جانب العميل.

---

(1)- بل إن بعض النصوص القانونية التي وضعها المشرع المغربي لتنظيم بعض عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، وبالخصوص تلك التي تتم من خلال إستخدام بطاقة الأداء البنكية عبرت صراحة عن سلطة إرادة أطراف التعامل الملزمة لهم وللقاضي على السواء، فالإتفاقات التي يتم إبرامها هي التي تحدد آثار العلاقة في مواجهة الأطراف والقاضي، وقد نصت المادة 329 من مدونة التجارة على أنه "...تحدد الاتفاقات بين المؤسسة المصدرة وصاحب وسيلة الأداء من جهة وبين المؤسسة المصدرة والتاجر المنخرط من جهة أخرى ، شروط وكيفية استعمال وسائل الأداء ؛ غير أنه يجب أن تحترم هذه الاتفاقات قواعد النظام العام المبينة بعده"

بينما نجد أن القضاء المغربي من خلال التزامه وتمسكه بالشروط التعاقدية المتفق عليها بين البنك والزبون أقام مسؤولية البنك بشكل مباشر عن جميع المبالغ المالية التي تمت بعد عملية الإخطار، حيث يتحمل البنك في هذه الحالة مخاطر إستخدام أداة التحويل(1)، ولا يمكن له التذرع باتخاذه كافة الوسائل وبذله العناية اللازمة لمنع إستخدام أداة التحويل أو بصدور خطأ من طرف العميل، فطالما قام هذا الأخير بواجباته في إخطار البنك إنتقلت مخاطر إستخدام أداة التحويل على عاتق البنك.

وإذا ما استثنينا هذه الحالة التي لا تثير الكثير من الإشكالات، فإن تطبيق المقتضيات التعاقدية كما هي سواء في ظل التشريع المغربي أو الأردني لا شك أنه لا يصب في مصلحة العميل ولا يوفر حماية لحقوقه من الضياع، خصوصا في الحالات التي يصعب عليه فيها إثبات صدور خطأ من البنك، الشيء الذي يتطلب تنظيم مسؤولية البنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بالشكل الذي يبتعد بها عن القواعد العامة المنظمة للمسؤولية المدنية وترك فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية البنك المدنية نظرا لعدم كفايتها لمعالجة مختلف حالات المسؤولية في هذا الصدد.

ولا شك أن التوجه الذي تبناه المشرعين الفرنسي والتونسي حريا بالتأييد، فهو يمثل مرحلة من مراحل تطور المسؤولية المدنية للبنوك بعد أن تبين في مرحلة سابقة خصوصيتها واختلافها عن القواعد العامة للمسؤولية المدينة، وعمليات التحويل البنكي الإلكتروني بدورها تتميز عن الأعمال التقليدية التي تقوم بها البنوك سواء من حيث طبيعتها أو من حيث الوسائل المستخدمة فيها والآثار القانونية الناتجة عنها، وقبول فكرة الخطر كأساس لمسؤولية البنك يجد أساسه في طبيعة الوسائل التي يستخدمها في عمليات التحويل البنكي الإلكتروني وطبيعة العلاقة التي تجمعه بالزبون، فاستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة أصبح حاليا أداة خطرة يترتب عنها مخاطر على قدر من الأهمية، لهذا فمن العدل أن يتحمل تلك المخاطر الشخص الذي يستفيد من ذلك الاستخدام، والأقدر على تحملها من الناحية الاقتصادية.

واعتبار البنك مسؤولا على أساس فكرة المخاطر ما هو سوى رد فعل على عدم كفاية الخطأ كأساس وحيد للمسؤولية وتعبير في نفس الوقت عن الاتجاهات التي بدأت تظهر نحو التحرر منه، ففي كثير من الإشكالات التي تطرحها عمليات التحويل البنكي

(1)- وفي هذا الإطار جاء في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء "... وحيث إن الفقرة الثانية من الفصل 6 من العقد الرابط بين الطرفين بخصوص تسليم واستعمال بطاقة السحب تنص على أن مسؤولية حامل البطاقة تنتفي في اليوم الموالي أي 24 ساعة من تاريخ تسلم الوكالة المفتوح بها الحساب بتصريح كتابي بالسرقة والوصل المسلم من طرف الشرطة، وحيث من الثابت من وثائق الملف أن المدعية قامت بالتصريح لدى الشرطة بضياع بطاقة السحب والذي تسلمت المدعى عليه نسخة منه بتاريخ 2002/04/25 كما يتجلى ذلك من ختمها على التصريح المذكور، وحيث إن مسؤولية المدعى عليها والحالة هذه تبتدئ من تاريخ 2002/04/26 أي اليوم الموالي لتاريخ تلقي التصريح بالضياع..."

- المحكمة التجارية بالدار البيضاء حكم عدد 2003/7064 والصادر بتاريخ 2003/06/23 (غير منشور)

الإلكتروني لا يمكن بتاتا التوصل لحل مناسب دون الاعتماد على فكرة الخطر، لأنه من الصعب معرفة مكمن الخطأ بصددها، والقواعد العامة للمسؤولية المدنية تكون عاجزة عن وضع حل شامل بشأنها، لأنها لا تعالج الحالة التي لا يرتكب فيها أحد الأطراف خطأ، وبما أن المشكلة هنا مسألة خطر وليست مسألة خطأ فإنه لا بد من الاعتماد على الأفكار الموضوعية التي تحمل البنك المسؤولية دون الحاجة لإثبات خطئه في ظل عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، بتحميل البنك مخاطر هذه العمليات نظرا لأنه الطرف الذي أنشأ هذه المخاطر والطرف الذي يستفيد منها، والأقدر من الناحية الاقتصادية على تحملها.

المطلب الثاني

وسائل حماية البنوك من مخاطر عمليات التحويل الإلكتروني وقيام المسؤولية

إن التشديد من مسؤولية البنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تجاه الأشخاص الذين يتعاملون معه لا يجب أن يشكل سببا في عزوف البنك عن ممارسة أنشطته الإلكترونية خوفا من أحكام المسؤولية المشددة، لهذا فإن الباحث في أحكام المسؤولية المدنية المشددة يمكنه أن يلاحظ وجود بعض التدابير التي يمكن للبنك إتباعها لحماية نفسه من مخاطر قيامها دون حاجة للتخفيف من الالتزامات المفروضة عليه ومسؤوليته تجاه العملاء، من خلال إدارة مخاطر العمل البنكي الإلكتروني (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى نقل تلك المخاطر إلى جهات أخرى عن طريق التأمين على مسؤوليته تجاه الأشخاص الذين يتعاملون معه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : إدارة مخاطر العمل البنكي الإلكتروني

تناولنا فيما سبق البنية الجديدة للمخاطر التي تواجهها البنوك نتيجة لاعتمادها على الحاسب الآلي وتقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني، وما يمكن أن ينتج عنها من أضرار سواء بالنسبة للبنك نفسه أو للأشخاص الذين يتعاملون معه[1]، ومعرفة البنك للمخاطر التي تحيط بالأعمال التي يمارسها تستوجب منه وضع الخطط اللازمة لمواجهتها لا أن يتخذ موقفا سلبيا تجاهها ويكتفي بمراقبتها، فهي لا تمثل خطرا على البنك وحده أو على عملائه وحسب، إنما تشكل خطرا على الإقتصاد الوطني كذلك.

ولقد برزت أهمية إدارة المخاطر مع تطور الصناعة البنكية وازدهارها، واهتمت البنوك والجهات المكلفة بالرقابة على العمل البنكي بمختلف أنواع المخاطر التي تواجه البنك نتيجة لاعتماده على التكنولوجيا الحديثة، من أجل تحديدها وفهم كنهها ومن ثم وضع السبل الكفيلة بمواجهتها، أو على الأقل التقليل إلى أقصى حد ممكن من الأضرار التي قد

(1)- راجع ما سبق تناوله في المبحث الأول من الفرع الثاني من الفصل الأول من هذا الباب.

تحدث نتيجة لتحققها، وفي هذا الإطار قامت لجنة (بازل)[1] بتحديد أهم تلك المخاطر، ووضعت مجموعة من المبادئ الخاصة بإدارتها والحد منها[2]، وقد قام كل من بنك المغرب[3] والبنك المركزي الأردني بتبني مقررات لجنة بازل[4]، وأوعزا للبنوك العاملة على التراب الوطني بضرورة وضع الإستراتيجيات الكفيلة بإدارة تلك المخاطر.

وتقوم فكرة إدارة المخاطر على تخصيص جزء من رأسمال البنك لاستخدامه في توفير الوسائل الكفيلة بحمايته من الخسائر والأضرار المترتبة عن تلك المخاطر[5]، وتتجه الكثير من البنوك في مختلف دول العالم إلى تطبيق مقررات لجنة بازل طوعا لكي تكون

(1)- أنظر في نشأة ومهام لجنة بازل ما سبق تناوله في ص 64 هامش رقم 2 من هذا ا البحث.

(2)- أصدرت لجنة بازل النسخة الأولية من الوثيقة الخاصة بالإطار الجديد لحساب معدل كفاية رأس المال في البنوك والتي أطلق عليها مقررات بازل الثانية أو (بازل 2) عام 1999 إلا أنها نظرا للإنتقادات التي وجهت إليها فقد قامت بإجراء العديد من التعديلات عليها وأصدرت النسخة النهائية منها عام 2004، وقد ركزت هذه المقررات بشكل كبير على المخاطر الناتجة عن استخدام النظام الإلكتروني باعتبارها جزءا من المخاطر التشغيلية، أنظر في ذلك :

- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 36 وما بعد

- إياد واصف عميش : البنوك الإلكترونية في الأردن، تطورها وتحدياتها، رسالة لنيل الماجستير في العلوم المالية والمصرفية، كلية الإقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك، إربد، سنة 2006 ص 37 وما بعد

- الموقع الإلكتروني لبنك التسويات الدولية www.bis.org

(3)- وقد تبنى بنك المغرب تنفيذ اتفاق بازل الثاني وشجع البنوك على تبني أفضل الممارسات في مجال إدارة المخاطر وفقا لنهج مختلفة لحساب متطلبات رأس المال التي اقترحتها لجنة بازل وقد تم تنظيم الأعمال التحضيرية لتنفيذ الاتفاق الجديد في إطار اللجان الفنية المشتركة التي تتألف من ممثلين عن بنك المغرب والبنوك، مع وجود ممثل عن وزارة المالية وكان كل من هذه اللجان المسؤولة عن فحص جانب معين من الجهاز الجديد (مخاطر الائتمان ومخاطر السوق، المخاطر التشغيلية) وفقا لما قررته لجنة بازل والمعايير الدولية، وبناء على ذلك تم إصدار مجموعة من التعليمات والدوريات للبنوك لتتقيد بها، أنظر في ذلك الموقع الإلكتروني لبنك المغرب www.bkam.ma

(4)- تبني البنك المركزي الأردني مقررات (بازل 2) وقام بإصدار مجموعة من التوجيهات والتعليمات للبنوك تتضمن ما قررته لجنة بازل من بينها تعليمات ممارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكترونية رقم 2001/8 والصادرة بتاريخ 2001/7/26 وكذلك الإرشادات المعلقة بأنظمة الضبط والرقابة الداخلية رقم 4794/10 والصادرة بتاريخ 2002/3/27 والتي تم الاستعاضة عنها وإلغائها بموجب تعليمات أنظمة الضبط والرقابة الداخلية رقم 2007/35 الصادرة بتاريخ 2007/6/10، بالإضافة إلى التعليمات الخاصة بعمليات التحويل الإلكتروني للأموال رقم 2004/20 والصادرة بتاريخ 2004/9/13

(5)- وقد حددت مقررات (بازل 2) الحد الأدنى الواجب الإحتفاظ به لمواجهة مختلف المخاطر التي تواجه البنك في 8% من المجموع الكلي لموجودات البنك، إلا أنها قامت بفرض رسملة خاصة بالمخاطر التشغيلية باعتبارها من أهم المخاطر التي تواجه البنوك في عملها، لهذا فقد أوجبت عليها الإحتفاظ بجزء من رأسمالها لحمايتها من الخسائر المترتبة عن تلك المخاطر، ويتم تقدير رأس المال المطلوب لتغطية هذه المخاطر بالإعتماد على مجموعة من المناهج الحسابية التي قامت لجنة بازل بتضمينها ضمن مقرراتها، أنظر :

- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 51 وما بعد

مقبولة على الصعيد العالمي كمؤسسات مالية تدير عملياتها ومخاطرها بفعالية ووفق المعايير الدولية[1].

وإدارة المخاطر تعتبر من أهم الوسائل الوقائية التي تستخدمها البنوك لحماية نفسها من تبعات قيام مسؤوليتها المدنية عن الأضرار التي يمكن أن تقع للمتعاملين معها، وهي تقوم أساسا على استقصاء مختلف المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها البنك نتيجة قيامه بعمليات التحويل الإلكتروني وتحليل مختلف الأساليب الممكنة لمواجهتها وتخفيض آثارها، بحثا عن الأسلوب الأكثر ملائمة[2].

ولا شك أن وسائل إدارة مخاطر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني قد تكون مكلفة للبنك حيث تقتضي إنفاق مبالغ ليست بالبسيطة بالنظر للتقنية العالية التي يستدعي الاعتماد عليها، لكنها تبدو في النهاية عملية مربحة، فهي ستؤدي بالنتيجة إلى توفير المبالغ المالية التي كانت ستفقد نتيجة قيام مسؤولية البنك عن الأضرار التي تحدث للعملاء، بالإضافة إلى الأضرار التي تحدث له نتيجة تحقق المخاطر التي لم يقم بإدارتها، دون أن ننسى الإضرار التي تحدث نتيجة فقدان ثقة العملاء بالبنك أو أخذ نظرة سلبية عنه بسبب عدم قدرته على الحفاظ على أمن عملياتهم ومعلوماتهم وعدم دقة وكفاءة الأجهزة التي يستخدمها[3].

لهذا يجب على البنك امتلاك المعرفة والقدرات اللازمة في تحديد المخاطر وقياسها ومراقبتها، إذ ليس الهدف من إدارة المخاطر هو العمل على تلاشيها فقط بل أيضا احتوائها والتحكم بها، وبعبارة أخرى يمكن القول أن معرفة المخاطر وتقييمها وإدارتها تعد من أهم العوامل الرئيسة لنجاح البنوك في تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني بشكل سليم وآمن[4]، إذ إن هناك علاقة طردية بين كمية المخاطر التي يتحملها البنك والأرباح التي يحققها، لهذا تقوم البنوك عادة بإنشاء دوائر خاصة بإدارة المخاطر ووضع الإستراتيجيات المناسبة ومتابعة تطبيقها.

(1)- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 51 وما بعد

- Coopers and Lybrand and the B.B.A: Operational Risks Management. London . 1997 . p 5

(2)- محمد شكري سرور : التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986 ص 49

(3)- فقد تبين أن العمل في بيئة تحفها المخاطر كالبيئة التي يعمل بها البنك والدخول للمخاطر بهدف تحقيق الأرباح دون العمل على إدارة تلك المخاطر بطريقة علمية صحيحة من شأنه أن يؤدي إلى فقدان العائدات والفشل في تحقيق الأهداف ، وللتوسع أكثر يراجع:

- محمد شكري سرور : التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، م، س، ص 46 ما بعد

- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 83 وما بعد

(4)- إياد واصف عميش : البنوك الإلكترونية في الأردن، تطورها وتحدياتها، م، س، ص 33

وتعتمد البنوك عادة على أنظمة الرقابة الداخلية مدعومة بأنشطة التدقيق الداخلي كأحد أهم وسائل إدارة المخاطر المتعلقة بسير العمليات اليومية للبنك(1)، لكن زيادة الاعتماد على الأنظمة الإلكترونية أدى إلى ضرورة الإستعانة بوسائل أخرى لإدارة المخاطر الناجمة عنها، من بينها ضرورة توفير البنية التحتية السليمة والآمنة لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني(2)، واضطلاع مجلس إدارة البنك والإدارة العليا فيه ببعض المهام الرقابية والإشرافية فيما يخص إدارة المخاطر الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني(3)،كما يجب على البنك وضع القواعد اللازمة لإدارة المخاطر المتعلقة بأنظمة

---

(1)- والرقابة الداخلية هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات يقوم بها مجلس الإدارة والإدارة العليا في البنك بهدف مراقبة مدى كفاءة العمليات التي يقوم بها ومدى دقة ما يتم وضعه من تقارير عن عمل البنك بالإضافة إلى مدى التزام البنك بالأنظمة والقوانين السارية المفعول، وتشمل أنظمة الرقابة الداخلية مجموعة من الإجراءات الرقابية وضعت لغاية تحقيق أهداف خاصة، منها ما هو وقائي لمنع الأخطاء قبل وقوعها ومنها ما هو تحذيري ومنا ما هو علاجي، وتشمل أيضا الإلتزام بالقوانين والمعايير السلوكية المهنية، ويسعى البنك من خلالها إلى تنفيذ جميع الإستراتيجيات وإدارة المخاطر لتحقيق أهداف البنك، أنظر في الرقابة الداخلية ودور مدققي الحسابات :

- محمد لفروجي : القانون البنكي المغربي وحماية حقوق الزبناء، م، س، ص 98 وما بعد
- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 95

(2)- وحسب ما جاء في مقررات لجنة بازل 2 فإن الممارسات السليمة لإدارة المخاطر الناتجة عن العمليات الإلكترونية تمثل فيما يلي:

- على البنك أن يكون مدركا تماما لملامح الأساسية لمخاطر التشغيلية كنوع مختلف من مخاطر العمل البنكي، كما يجب عليه أن يتابع بشكل دوري الأجهزة المكلفة بإدارة هذا النوع من المخاطر إضافة إلى بيان المبادئ الخاصة بتحديدها.
- يجب أن يتأكد البنك من أن الجهاز المكلف بإدارة المخاطر يخضع لتدقيق داخلي فعال من طرف موظفين يتمتعون بالإستقلالية والكفاءة ويمتلكون المؤهلات المناسبة، كما يجب أن لا تكون دائرة التدقيق الداخلي في البنك مسؤولة عن إدارة المخاطر التشغيلية.
- يجب أن يتأكد البنك من أن الجهاز المكلف بإدارة هذا النوع من المخاطر يمارس عمله على نحو يشمل جميع الأنشطة التي يمارسها البنك مع التأكد من ضرورة فهم المستخدمين لمسؤولياتهم بالنسبة لإدارة هذه المخاطر، ويجب كذلك الإهتمام بتطوير السياسات والإجراءات الخاصة بعمليات إدارة المخاطر في جميع خدمات ومنتجات وعمليات البنك.
- يجب على البنك تحديد وتقييم المخاطر التي تتضمنها المنتجات والنشاطات والعمليات والأنظمة ويجب التأكد قبل إدخال أي خدمة أو منتج جديد أو تبني عمليات أو أنظمة من أن مخاطر التشغيل قادرة على إستيعابها وتلاؤمها.
- يجب على البنوك أن تقوم بوضع خطط للطوارئ توفر إستمرارية العمل وعدم إنقطاعه وبأقل خسائر ممكنة من خلال إيجاد البدائل الملائمة لمواصلة العمل وخدمة العملاء واسترجاع الملفات والسجلات في حالة وجود أي عطل أو فشل في الأنظمة والأجهزة التي يستخدمها، بالإضافة إلى ضرورة إيجاد نسخ إحتياطية من الملفات والمعلومات التي يحتفظ فيها البنك حتى يتمكن من الرجوع.
- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 84 وما بعد

- Basel Committee n banking supervision : Sound practices for the management and supervision of operational risks. Bank for international settlement . Basel. Switzerland. Feb 2003. www.bis.org

(3)- وقد جاء في مقررات بازل 2 أنه يجب على مجلس إدارة البنك أن يتولى المهام التالية :

- وضع نظام إداري إشرافي فاعل فيما يخص العمليات التي يتم تنفيذها بوسائل إلكترونية بما في ذلك تحديد كيفية وضع المسائلة والسياسات وأساليب الرقابة المحددة لإدارة هذه المخاطر.

المعلومات والأجهزة التي يستخدمها البنك لإجراء عملياته اليومية الإلكترونية منها وغير الإلكترونية [1]، ويضع القواعد التي تضمن الرقابة الفاعلة على مختلف الأنشطة التي يقوم بها مستخدمي البنك أثناء ساعات العمل بالإضافة إلى جميع الوسائل الكفيلة بتوفير حماية للمعلومات التي يتم تداولها بين مراكز البنك المختلفة[2].

- وضع عملية شاملة ومتواصلة لممارسة المهام الأساسية فيما يخص التجهيز الخارجي لبنك من طرف مزودي الخدمات المختلفين وغير ذلك من أنواع الإعتماد على أطراف خارجية لتقديم الوسائل الداعمة للعمليات البنكية الإلكترونية، انظر في ذلك :
- Basel Committee n banking supervision : Risks management principles for electronic banking . Bank for international settlement. Basel. Switzerland. July 2003 www.bis.org

(1)- ولا شك أن من أهم أولويات البنك في هذا الإطار توفير نظام سليم وآمن لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني وذلك من خلال:
- اتخاذ التدابير المناسبة للتحقق من هوية العملاء الذين يستخدمون تلك الخدمات.
- استخدام طرق التحقق من المعاملات وسلامتها واستمراريتها.
- توفير الضوابط المناسبة للدخول لهذه الخدمات وتحديد صلاحيات الدخول لنظم المعلومات وقواعد البيانات.
- توفير الإجراءات المناسبة للتأكد من صحة البيانات وضمان مصداقية السجلات التي تقوم بحفظها للمعاملات التي تجريها مع العملاء.
- ضمان وجود مسارات تدقيقه ورقابية واضحة لجميع عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.
- اتخاذ التدابير اللازمة لحماة سرية معلومات العملاء.
- ضمان تقديم معلومات كافية لتوعية العملاء عن خدمات التحويل البنكي الإلكتروني حتى تضمن قيامهم بالإجراءات الآمنة لاستخدامها قبل تنفيذ أي عملية.
- توفير خطط طوارئ لضمان استمرارية تنفيذ عمليات التحويل البنكي الإلكتروني وعدم إنقطاعها.
- إعداد خطط مناسبة تضمن الاستجابة لطلبات العملاء في حالة وقوع حوادث مفاجئة والحد من الإشكالات لناتجة عن الحوادث غير المتوقعة بما في ذلك أنواع الاختراق الداخلي والخارجي والتي قد تعيق تزويد النظم بالمعلومات الصحيحة.
- Basel Committee n banking supervision : Risks management principles for electronic banking.Op.cit p3

(2)- ويجب على البنك أن يقوم باتخاذ بعض الإجراءات التي يكون الهدف منها منع عمليات الإحتيال الداخلي التي قد يقوم بها أحد موظفي البنك أو أحد الأشخاص الإداريين فيه، ومنها :
- العمل على وضع نظام فاعل للتحقق من خلفية العاملين لدى البنك من خلال التحقق من السجل الأمني الخاص بهم وكذلك المراجع المذكورة في طلب التوظيف والسيرة الذاتية، ومناقشة أخلاقيات وسلوكيات العمل البنكي وكذلك نظام تخفيض المخاطر عند تعيين الموظفين مع ضرورة توضيح الدور الملقى عليهم في حالة الإبلاغ عن عمليات السرقة والإحتيال التي يكتشفها.
- يتوجب على البنك خلق ثقافة النزاهة لدى الموظفين من خلال برامج توعية خاصة بذلك وتواصل الإدارة مع الموظفين وإيجاد معايير الأداء الأخلاقي وخلق ثقافة المؤسسة.
- ضرورة استخدام التكنولوجيا الحديثة وأنظمة المعلومات المتقدمة لمنع أي تجاوزات من طرف الموظفين، كوضع كاميرات لرقابة عمل الموظفين أو من خلال بناء رقابة إلكترونية تعمل على تتبع أي دخول غير مصرح به على الأنظمة، وكذلك حصر الدخول على أقسام معينة بالموظفين المعنيين فقط.
- تدقيق حسابات الموظفين وحسابات العملاء أصحاب العلاقة بموظفي البنك ومعرفة مصادر الإيداعات في هذه الحسابات وحركتها.
- التركيز على تفعيل ضوابط الرقابة الوقائية وكذلك المبادئ الأساسية للرقابة الداخلية وفصل المهام.
- زياد محمود فريحات : المخاطر التشغيلية ومنهجية إدارتها لدى البنوك العاملة في الأردن، م، س، ص 113 وما بعد

لكن مهما حاولت البنوك والجهات الرقابية تفادي مختلف المخاطر الناتجة عن العمل البنكي الإلكتروني وعلى الرغم من أي احتياطات أو تحفظات يمكن أن تتخذ[1]، فإنه من غير الممكن اتقاء الأضرار التي يمكن أن تقع بشكل كلي، لأن العمل البنكي والمخاطر أمران متلازمان، ولا يمكن للبنوك أن تحقق الأرباح إلا إذا عرضت نفسها للمخاطر، والبنك في سعيه لتحقيق الربح وتفادي أي خسارة محتملة يعمل على الحد من تلك المخاطر[2].

وما يمكن ملاحظته أن البنوك على الرغم من قيامها بإدارة المخاطر الناتجة عن استخدام النظام الإلكتروني فإنها إلى جانب ذلك تحاول حماية نفسها من تلك المخاطر من خلال نقل تبعتها لتصبح على عاتق الأشخاص الذين يتعاملون معها بواسطة شروط تحديد المسؤولية والإعفاء منها[3]، إلا أن نجاح هذا الأسلوب ينحصر في الحدود التي يمكن فيها الاعتراف بصحة مثل هذه الاشتراطات.

---

(1)- وبالإضافة إلى مبادئ إدارة مخاطر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تقوم البنوك وغيرها من المؤسسات والهيئات المهتمة بأمن عمليات التحويل على تطوير الأنظمة التقنية المستخدمة فيها لتوفير أكبر قدر من الحماية والأمن للمستخدمين، ويستوجب ذلك على البنوك القيام بدراسة جميع وسائل تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني بتأني، فإذا ما أراد بنك وضع جاز سحب آلي للنقود على سبيل المثال رهن إشارة عملائه فإنه يجب عليه أتباع مجموعة من الإجراءات أهمها :

- توعية العملاء بالأخطار المتعلقة بهذه الأجهزة
- دراسة وتقييم أسس اختيار الموقع الذي سيتم وضع الجهاز فيه وكيفية حمايته لاحقا وتوفير بيئة آمنة للعملاء الذين يستخدمونه
- تركيب الجهاز في الأماكن المراقبة طبيعيا ووضع كاميرات مراقبة حول وعلى الجهاز
- توفير إضاءة كافية في الجهاز وفي المنطقة المحيطة وإجراء عمليات جرد يومي للأرصدة في الجهاز والكشف على أجزاءه بشكل يومي
- تحديد ساعات عمل الجهاز في المناطق الخطرة
- تركيب الجهاز داخل غرفة حصينة ومقفلة ويمكن فتحها بواسطة البطاقة الممنوحة للعملاء، أنظر في ذلك :
- حسام العبد : جرائم وأمن الصراف الآلي، مجلة البنوك في الأردن، العدد 5 يونيو 2003 ص 134

(2)- ونشير في هذا الصدد إلى أنه نظرا للدور الكبير الذي تقوم به البنوك المركزية وفقا للصلاحيات المخولة لها بمقتضى القانون فإنها تكون ملزمة بتقديم أفضل الخطط والبرامج السليمة للبنوك التجارية بالشكل الذي يتناسب مع وضعيتها لتقدير المخاطر وإدارتها إدارة سليمة، ذلك أن أهم وظائف البنوك المركزية هي حماية حقوق المودعين والمساهمين والدائنين للحفاظ على الإستقرار الإقتصادي، وفي حالة قصر البنك المركزي بواجباته تلك فإن التساؤل يثار حول مدى إمكانية قيام العميل بالرجوع على البنك المركزي، وللإجابة عن هذا التساؤل يرى بعض الفقه أن العميل يستطيع الرجوع على البنك المركزي وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية على إعتبار أن مثل هذا الحق يؤدي إلى النهوض بالبنوك وتأمين الحماية لها من جهة ويدفع بالبنك المركزي إلى القيام بواجبه كونه في موضع مسؤولية، أنظر :

- لانا وديع سليم النمر : المسؤولية المدنية للبنك المركزي عن أعمال الرقابة على البنوك التجارية، دراسة في القانون الأردني، رسالة لنل الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، السنة الدراسية 2005-2006، ص 12 وما بعد
- Alqudah (F): Central bank liability to depositors, The journal of business law, 1992

(3)- محمد شكري سرور : التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، م، س، ص 50

وعلى أي حال فإن تحقق كل أو بعض المخاطر يؤدي إلى قيام مسؤولية البنك كلما أوقعت أضرار للأشخاص الذين يتعاملون معها، فهو شخص مهني محترف اعتاد العمل في تلك البيئة، ويدرك تمام الإدراك طبيعة وحجم المخاطر التي قد تواجهه أثناء عمله فيها.

الفقرة الثانية : التأمين على المسؤولية الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

إذا قام البنك بتوفير جميع المتطلبات اللازمة لإدارة مخاطر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني فإنه قد يتمكن من درء بعض المخاطر أو التخفيف من أثرها، لكن التطورات المتلاحقة والمتسارعة في ميدان تكنولوجيا المعلومات، وتجدد وتنوع المخاطر التي قد تتعرض لها تلك العمليات، يجعل أسلوب إدارة المخاطر وحده غير كاف لتقديم معالجة شاملة للإشكالات التي تثيرها قيام مسؤولية البنك المدينة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، مما تبدو معه التغطية التأمينية أكثر أهمية وإلحاحا.

والتأمين بصفة عامة ينقسم من حيث الموضوع إلى أنواع مختلفة ومتقابلة، فهناك التأمين البري والجوي والبحري، بالإضافة إلى التأمين الخاص والتأمين الاجتماعي، وأخيرا يوجد التأمين على الأشخاص والتأمين من الأضرار، والذي يعنينا في هذا المقام هو التأمين عن الأضرار والذي ينقسم بدوره إلى تأمين على الأشياء كالسيارة والمنزل والأموال، وتأمين من المسؤولية وهو الذي يبرمه الشخص ليغطي قيام مسؤوليته تجاه الغير ورجوع هذا الغير عليه بالتعويض(1).

وتتمثل فكرة التأمين على المسؤولية(2) بقيام البنك الذي يخشى أن يكون مسؤولا عما يصيب عملائه من ضرر نتيجة إستخدامه النظام الإلكتروني بإبرام عقد تأمين ينقل بموجبه تبعة تعويض تلك الأضرار عن كاهله إلى طرف آخر يرضى بذلك هو المؤمن، بحيث يؤمن البنك نفسه من رجوع العميل عليه عند قيام مسؤوليته تجاه العملاء، لهذا فإن الغرض من قيام البنك بالتأمين على مسؤوليته هو جبر الضرر الذي يصيبه في ذمته المالية نتيجة انشغالها بدين المسؤولية التي يسأل عن أدائها للعميل المضرور(3)، بمعنى

(1)- أنظر في أنواع التأمين :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2000 ص 1643
- محمد حسين منصور : أحكام التأمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 7 وما بعد
(2)-والمسؤولية المقصودة هنا هي المسؤولية المدنية، أما المسؤولية الجنائية (الجزائية) فلا يجوز التأمين عنها حتى ولو كانت مجرد غرامة مالية، لأن أحكام المسؤولية الجنائية تعتبر من النظام العام، أنظر :
- توفيق حسن فرج : أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994 ص 78
(3)- وقد عرف بعض الفقه عقد التأمين من المسؤولية على أنه " عقد بموجبه يؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحق به من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية"، كما عرفه البعض الآخر على أنه " عقد بين شخص يسمى المؤمن وآخر يسمى المؤمن له يتحمل بمقتضاه المؤمن العبء المالي المترتب على الخطر الضار غير المقصود والمحدد في العقد بسبب رجوع الغير إلى المؤمن له بالمسؤولية لقاء ما يدفعه هذا الأخير من أقساط"، ومما يلاحظ أن هذا التعريف الأخير حاول إبراز جميع عناصر عقد التأمين عن المسؤولية وأشخاصه، حيث إن عقد

آخر فإن البنك يؤمن على المسؤولية والتعويض الذي يتم الرجوع عليه به من طرف العميل وليس على الضرر الذي يصيب هذا الأخير [1].

وعلى الرغم من أن الغاية الأساسية من التأمين على المسؤولية هي حماية البنك من رجوع العملاء عليه بدين المسؤولية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بواسطة نقل مخاطر قيامها من البنك إلى الشخص المؤمن الذي يرتضي ذلك، نظرا لأن عمليات التحويل تمتاز بإرتفاع مخاطر إستخدامها وإحتمال تضرر العميل منها كبير، فإن أهمية التغطية التأمينية لمسؤولية البنك لا تنحصر في توفير حماية للبنك وحسب، وإنما قد تؤدي إلى توفير حماية غير مباشرة للعميل المضرور، فهذه التغطية تمكن من التشدد في مسؤولية البنك بإقامتها على أساس موضوعي نظرا لوجود طرف ثالث مكلف بتحمل هذه المسؤولية عن البنك، وفي نفس الوقت منح العميل القدرة على إستخلاص حقه في التعويض بالرجوع على البنك أو من خلال الدعوى المباشرة التي يرجع فيها على المؤمن[2].

وتجدر الإشارة إلى أن حق العميل في ممارسة الدعوى المباشرة مرهون بوجود حقه في التعويض وبقاءه قائما تجاه البنك، لذلك يتوجب عليه لكي يتمكن من إلزام المؤمن بدفع التعويض أن يثبت قيام مسؤولية البنك تجاهه بداية وفقا لقواعد المسؤولية التي يقررها المشرع في هذا الصدد، فإذا ما قامت مسؤولية البنك أصبح المؤمن مسؤولا عن تعويض الأضرار التي لحقت بالعميل نتيجة إستخدام النظام الإلكتروني، وسيجد العميل شخصا يمكنه أن يحصل منه على التعويض دون مماطلة أو تأخير.

التأمين من المسؤولية يبرم من طرف شخصين أحدهما يسمى المؤمن والذي يقوم بضمان تعويض الأضرار التي يقوم الشخص الآخر المسمى المؤمن له بإحداثها دون قصد للغير والتي تسمى الخطر المؤمن ضده في إطار عقد التأمين عن المسؤولية، وفي المقابل فإن المؤمن له يلتزم بدفع أقساط التأمين للمؤمن، أنظر في تعريف عقد التأمين عن المسؤولية وعناصره :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، م، س، ص 1641
- جلال محمد إبراهيم : التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ص 130 وما بعد

(1)- معتز نزيه محمد الصادق المهدي : المتعاقد المحترف، م، س، ص 141

(2)- الدعوى المباشرة هي التي يقيمها الشخص المضرور (العميل) على شركة التأمين لإستخلاص التعويض عن الأضرار التي وقعت له، فالأصل أنه لا توجد أي علاقة بين المضرور والمؤمن تتيح للأول الرجوع على الثاني بالتعويض لأن المضرور تربطه علاقة بالمسؤول الذي بدوره يرتبط بعلاقة مع المؤمن، وقد أصبح من المستقر عليه حاليا صحة الدعوى المباشرة وإمكانية رجوع المضرور على المؤمن بشكل مباشر لإستخلاص التعويض بحيث لا يعتبر مثل هذا الأمر خرقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وقد ظهرت عدة نظرية لتفسير هذه الدعوى من بينها نظرية الحبس ونظرية الإمتياز ونظرية العدالة ونظرية الباعث العيني، وقد كانت نظرية الإشتراط لمصلحة الغير هي الأكثر إستساغة من طرف الفقه، أنظر في هذا الصدد :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، م، س، ص 1672 وما بعد
- علي حسن الذنون : المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، دار وائل للنشر، عمان، 2006 ص 336 وما بعد

أما بخصوص البنك فإنه يستطيع بعد التأمين على مسؤوليته أن ينزع عن كاهله عبء المسؤولية فيما يتعلق بأثرها وهو التعويض ليستطيع ممارسة نشاطه بأمان وإطمئنان دون أن يؤدي التشديد في مسؤوليته إلى إحجامه عن القيام بعمليات التحويل الإلكتروني، فالخطر المؤمن ضده[1] يتحقق في التشريع المغربي[2] منذ الوقت الذي يطالب فيه العميل المضرور البنك بالتعويض مطالبة ودية أو قضائية، سواء كانت هذه المطالبة مبنية على أساس قانوني أم لم تكن كذلك[3]، لهذا فإن الخطر لا يعتبر متحققا بمجرد وقوع الضرر بل لا يتحقق إلا برجوع المضرور فعلا على المؤمن له[4]، أي بالمطالبة المترتبة عن وقوع الحادث وليس عن الحادث نفسه، على اعتبار أن التعويض يترتب عن رجوع الغير وليس على قيام سبب المسؤولية، وسواء تحققت شروط قيامها أم لم تتحقق.

وحق البنك المؤمن له بمبلغ التعويض الذي يلتزم به المؤمن ينشأ بمجرد مطالبة العميل المضرور بالتعويض عن الضرر الحاصل له، سواء كان هذا الأخير محقا في

(1)- للخطر في مادة التأمين مفهوم يختلف عن ذلك الذي يتخذه في الإطار اللغوي المعروف، فهو يعرف على أنه " حادثة إحتمالية سواء كانت هذه الإحتمالية تلحق بتحققها في ذاتها أو تلحق فقط بتاريخ أو وقت هذا التحقق، ويشترط فيها أن لا يتوقف تحققها على محض إرادة أحد طرفي عقد التأمين وخصوصا المؤمن له "، أنظر في تعريف الخطر في عقد التأمين :

- محمد شكري سرور : التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، م، س، ص 53
- جلال محمد إبراهيم : التأمين، دراسة مقارنة، م، س، ص 133

(2)- فقد جاء في المادة 61 من مدونة التأمينات " فيما يخص تأمينات المسؤولية ، لا يكون المؤمن ملزما إلا إذا قدم الغير المتضرر بعد وقوع الفعل المحدث للضرر المنصوص عليه في العقد ، طلبا وديا أو قضائيا إلى المؤمن له أو المؤمن"، ويتضح من هذه المادة صراحة على أن الخطر يكون متحققا بشرطين، الأول وقوع الفعل المحدث للضرر، ثم تقديم المطالبة من طرف المتضرر بشكل ودي أو قضائي، ولم يتطلب المشرع المغربي ثبوت قيام مسؤولية المؤمن له حتى يستحق هذا الأخير مبلغ التعويض، وبالإضافة إلى ذلك اعتبرت المادة 63 من مدونة التأمينات. أن المؤمن يكون مسئولا من حيث المبدأ عن التكاليف التي تكبدها المؤمن له أثناء مطالبة المضرور.

- ظهير شريف رقم 238-02-1 صادر في 25 من رجب 1423 بتنفيذ القانون رقم 99-17 المتعلق بمدونة التأمينات (ج. ر. بتاريخ 2 رمضان 1423 - 7 نوفمبر 2002

(3)- أنظر في هذا الإتجاه :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، م، س، ص 1652
- محمد حسين منصور : أحكام التأمين، م، س ، ص 209
- علي حسن الذنون : المبسوط في شرح القانون المدني، م، س، ص 331

(4)- لهذا فإن إتيان المؤمن له فعلا أدى إلى إحداث ضرر بالغير على نحو قامت بموجبه مسؤوليته لا يكفي لاستحقاق التعويض الذي يلتزم المؤمن بدفعه استنادا لعقد التأمين، فهذا التعويض لا يستحق إلا بمطالبة المضرور للمؤمن له، سواء ثبتت مسؤوليته أم لم تثبت، فالخطر يعتبر متحققا حتى في حالة انتفاء مسؤولية المؤمن له، وبالمقابل إذا ثبتت مسؤولية المؤمن له عن الحادث ولو بحكم جنائي ولم يقم المضرور بالمطالبة بالتعويض فإن الخطر المؤمن منه لا يتحقق في هذه الحالة ولا يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين، ففي كثير من الأحيان قد يتواجد الخطر بدون مسؤولية كما لو قدم الطلب على أسس خاطئة، كما قد تقوم المسؤولية دون وجود الخطر كما لو أهمل المضرور تتبع حقوقه بسبب الجهل أو الإهمال، أنظر في ذلك :

- جلال محمد إبراهيم : التأمين، دراسة مقارنة، م، س، ص 115

مطالبته أم لا، ويستوي في ذلك أن تكون هذه المطالبة قضائية أو تكون خارج القضاء أيا كانت وسيلتها حتى ولو كانت شفوية، المهم في هذا الإطار أن تكون المطالبة صريحة لا لبس فيها وأن يتمكن البنك من إثباتها.

إلا أن قيمة التعويض تتوقف على نتيجة هذه المطالبة، فإذا قامت مسؤولية البنك المؤمن له بالفعل فإن المؤمن يلتزم بتعويضه عما تقاضاه منه العميل المضرور إلى جانب جميع المصروفات التي تكبدها البنك المؤمن له كمصروفات الدعوى والخبرة وأتعاب المحاماة[1]، أما إذا ردت دعوى العميل لعدم قيام مسؤولية البنك فإن المؤمن يلتزم بالمصاريف التي تكبدها البنك كتكاليف المطالبة التي تقدم بها العميل[2]، فوظائف التأمين من المسؤولية لا تقتصر على كونه تأمينا لدفع التعويض للمضرور وإنما كذلك يقوم بوظيفة تأمين الدفاع عن المؤمن له قضائيا[3].

أما في التشريع الأردني[4] فإن حق البنك في تقاضي مبلغ التعويض يرتبط بقيام

(1)- وذلك في حدود مبلغ التأمين، لكن إذا كان هناك مصروفات أخرى قام المؤمن له بإنفاقها في أعمال قضائية أخرى بناءا على طلب المؤمن أو موافقته فإنه يحق للمؤمن أن يرجع بها على المؤمن له حتى لو زادت عن مبلغ التأمين المحدد في العقد على إعتبار أن المؤمن قد إرتضى ذلك بشكل مستقل عن التزامه المحدد بمبلغ التأمين وفق العقد المبرم بين الطرفين، أنظر :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، م، س، ص 1648 وما بعد

(2)- ويلتزم المؤمن بالمبالغ حتى لو لم يستطيع الشخص المؤمن له الرجوع بها على الشخص المضرور على أساس أنها تمثل خسارة لحقت بالمؤمن له نتيجة لتحقق الخطر المؤمن ضده، لكن هناك من يرى بأنه للمؤمن له الرجوع على المؤمن بهذه المبالغ حتى لو كان المضرور موسرا على أساس أن التأمين من المسؤولية ليس في الحقيقة إلا تأمين ضد رجوع الغير على المؤمن له بدعوى المسؤولية أنظر:
- علي حسن الذنون : المبسوط في شرح القانون المدني، م، س، ص 328

(3)- فالخطر في التأمين على المسؤولية يتمثل في مطالبة المضرور للمؤمن له على أهم المبادئ التي يقوم عليها هذا النوع من التأمين إلا وهي الصفة التعويضية، إذ إن عدم الأخذ بمطالبة المضرور سيؤدي إلى تمكين المؤمن له من الرجوع على المؤمن بالرغم من عدم وجود أي مطالبة وبالتالي يصبح التأمين وسيلة لإثراء بلا سبب، لكن على الرغم من أن العبرة في التأمين من المسؤولية هي مطالبة الشخص المضرور لا وقوع الحادث فإنه لا يجب إغفال الواقعة المادية والتي أنشأت الخطر وهي وقوع الحادث والذي له دور كبير في سريان التأمين، بحيث أن التزام المؤمن له في مواجهة المؤمن لا يكون قائما إلا إذا وقع هذا الحادث أثناء سريان العقد حتى ولو تأخرت طالبة المضرور إلى ما بعد ذلك، أنظر:
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، م، س، ص 1654

(4)- فقد جاء في المادة 930 من القانون المدني " لا ينتج التزام المؤمن أثره في التأمين من المسؤولية المدنية إلا إذا قام المتضرر بمطالبة المستفيد بعد وقوع الحادث الذي نجمت عنه هذه المسؤولية "، وبالتالي يشترط لتحقق الخطر المؤمن ضده قيام مسؤولية المؤمن له تجاه الشخص المضرور، فعلى الرغم من أن الخطر بحد ذاته هو مطالبة الشخص المضرور للمؤمن له، إلا أن هذه المطالبة لا تنتج آثارها إلا إذا قامت المسؤولية المدنية له تجاه الشخص المضرور ويتحقق هذه الشروط يتحرك التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض للمؤمن له، لهذا فإن المطالبة التي لا تقوم على أساس قانون لا تصلح لأن تكون خطرا في التأمين من المسؤولية في التشريع الأردني.

مسؤوليته المدنية الناتجة عن الحوادث التي يشملها عقد التأمين[1]، فإذا طالب العميل المضرور البنك المؤمن له بالتعويض ولم تثبت مسؤولية هذا الأخير عن وقوع الضرر فلا يكون هناك أي التزام يقع على عاتق البنك وبالتالي لا يتحرك التزام المؤمن بدفع التعويض، لأن مدى قانونية المطالبة يرتبط في الواقع بمدى ثبوت المسؤولية أو عدم ثبوتها، فالمطالبة التي لا تقوم على مسؤولية ثابتة لا تنتج أي أثر قانوني.

لهذا فإن الخطر المؤمن ضده هنا هو وقوع الحادث المنشئ للمسؤولية، وفقا لقواعد المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني التي تتطلب توافر أركانها الثلاث في التشريع الأردني من فعل أدى إلى إحداث ضرر وعلاقة سببية بين الفعل والضرر، فقيام مسؤولية البنك وفقا لهذه القواعد يكفي لقيام التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض على اعتبار أن الهدف من التأمين على المسؤولية هو دفع الضرر الذي يلحق بذمة البنك نتيجة لقيام مسؤوليته تجاه الغير، وهذه المسؤولية لا تنهض إلا وفقا لما حدده المشرع من شروط وأركان، أما التزام المؤمن بدفع المبالغ والمصاريف التي تكبدها المؤمن له أثناء مطالبة الغير المضرور بالتعويض فتجد أساسها في عقد التأمين نفسه[2].

وعلى أي حال فإن التأمين يمكن أن يلعب دورا هاما في حماية البنك والعميل من مخاطر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني إذا ما أحسن استخدامه، فصحيح أنه لا يلغي هذه المخاطر، لكنه يسمح بإبقاء المسؤولية المشددة على عاتق البنك مع انتقال عبء التعويض عن الأضرار التي قد تحدث للعملاء على عاتق الجهة المؤمنة، وبالتالي فإنه يمكن للبنك – المصدر الأساسي لتلك المخاطر – من مواصلة نشاطه ريثما يتم التوصل لوسائل عملية للحيلولة دون وقوع تلك المخاطر أو التقليل منها[3].

---

(1)- أنظر:
- خليل محمد مصطفى : التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض وحالات الإعفاء منه في القانون المدني الأردني، رسالة لنيل الماجستير في الحقوق، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، 1988 ص 78

(2)- وقد إنتقد بعض الفقه اعتبار الحادث المنشئ للمسؤولية هو الخطر المؤمن ضده في التأمين عن المسؤولية على إعتبار أن الغرض من مثل هذا النوع من التأمين هو تعويض المؤمن له نفسه وليس تعويض الضرر الذي أصاب الغير، فيس من أهدافه إصلاح الضرر الذي أصاب الغير، بل إن هدفه هو جبر الضرر الذي يحيق بالمؤمن له في ذمته المالية نتيجة إنشغالها بدين التعويض تجاه الغير المضرور، فالمؤمن له يسعى من خلال إبرام عقد التأمين على المسؤولية إلى تأمين نفسه لمصلحة نفسه، لا أن يؤمن المضرور، ولا أن يؤمن نفسه لمصلحة المضرور، كما أن الأخذ بفكرة الحادث المنشئ للمسؤولية سيجعل التأمين من المسؤولية وسيلة للإثراء بلا سبب لأن الذمة المالية للمؤمن له رغم كونها مشغولة بدين المسؤولية إلا أنها لا تضرر بعدم مطالبة الشخص المضرور بالتعويض، فليس هناك أي أثر على الذمة المالية للمؤمن له حتى يطالب باستعادة ما نقص من ذمته المالية، أنظر في ذلك :
- جلال محمد إبراهيم : التأمين، دراسة مقارنة، م، س، ص 113

(3)- أنظر في ذلك :
- Fluet (C): Assurance de responsabilité et aléa moral dans les régimes de responsabilité objective et pour faute, Dalloz Revue d'économie politique, 2002/6 - Volume 112, P 845 à 861

وبذلك يكون التأمين عاملا هاما في التشجيع على الابتكار والتقدم، مع إمكانية قيام البنك بتعويض أقساط التأمين التي يقوم بدفعها من خلال زيادة الرسوم التي يتقاضاها من العملاء مقابل تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني، وهو في ذات الوقت يكرس عامل الثقة بين البنوك وعملائها ويوطد دعائم التعامل ويساعد البنوك على ترسيخ صورة مميزة تحقق التوازن بين التوسع في النشاط ودرجة تحمل المخاطر الناتجة عنها، لتحقيق الأهداف المنشودة والمحافظة على عملائه وكسب عملاء جدد في ظل سيادة الثقة المتبادلة بين مختلف الأطراف.

الباب الثاني 2

آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

الباب الثاني

آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

باستحضار ما تناولناه في الباب الأول من هذه الدراسة يتضح جليا أن المسؤولية المدنية للبنك ترتبط إرتباطا شديدا بالتطورات والتحولات الإقتصادية المتجددة التي يعرفها واقع العمل البنكي، كما أن لها علاقة كبيرة بتغير نظرة الفقه والقضاء إلى البنك من متعاقد يقف إلى جانب المساواة مع المتعاملين معه إلى شخص مهني يحترف العمل البنكي على شكل شركة مساهمة تهدف إلى تحقيق الأرباح، وهذه المؤثرات تسير بشكل متوازي مع المسؤولية المدنية للبنك وتدفع بها نحو الاستقلال عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية ولو بشكل جزئي ولو بخصوص بعض العمليات كعمليات التحويل الإلكتروني للأموال.

ولقد كان للقضاء والفقه الفضل الأكبر في توجيه التشريعات التي كرست هذه الاستقلالية بالابتعاد بمسؤولية البنوك المدنية عن القواعد العامة، وإعداد نظرية خاصة ومستقلة لهذه المسؤولية تقوم على الأفكار الموضوعية، فالأفكار التقليدية التي تقوم على الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية أصبحت غير قادرة على مواجهة الآثار التي أحدثتها التطورات التكنولوجية الحديثة على نطاق العلاقة التي تجمع البنوك بعملائها، لا سيما إذا أخذنا بعين الإعتبار القوة الإقتصادية التي يمثلها البنك والتي تمنحه مركزا متميزا في مواجه العميل بما يسمح له التحكم بمضمون العقود التي يبرمها معه.

ففي ظل شمولية العمل البنكي التي تجاوزت العمليات الكلاسيكية (قبول الودائع ومنح الإئتمان) بإدخال وتسويق عمليات جديدة ومتعددة، بأحدث الأساليب التكنولوجية، توسع نطاق عمل البنك وتوسعت دائرة الأضرار الناتجة عنه، وأصبح من غير الممكن حتى بالنسبة للتشريعات التي تتسم بالجمود والبطيء أن تتخذ موقف الحياد في مواجهة الممارسات التي يلجأ لها البنك للتهرب من مسؤوليته عن تلك الأضرار، فالضغوط التي يمارسها كل من القضاء والفقه لتوسيع دائرة مسؤولية البنك ووضع أسس جديدة لها، سيؤدي لا محالة إلى تبني مبادئ قانونية تتوافق مع متطلبات العصر الحالي تعمل على سد النقص التشريعي وتساهم في بث روح الثقة للمتعاملين مع البنوك وتحسين التعامل معها في إطار الإحترام الكامل للقانون والأنظمة.

وفي انتظار تحقق ذلك تبقى المسؤولية المدنية للبنوك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني خاضعة للقواعد العامة الواردة في القوانين المدنية بالنسبة لكل من النظامين القانونيين المغربي والأردني، هذه القوانين والتي كغيرها من القوانين ذات الطابع الليبرالي تقوم على تقديس الحرية الفردية في النظام التعاقدي وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، بما يلغي

الدور الذي يقوم به القانون لحماية حقوق المتعاملين معها، نظرا لأنهم يخضعون لقانونهم الخاص الذي أنشأه البنك بإرادته المنفردة في أغلب الأحوال.

والحقيقة أن غياب التنظيم التشريعي لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني إذا كان يبرر قيام البنوك بوضع التنظيم الخاص بهذه العمليات من خلال العقد، فإن تماديها في حماية مصالحها على حساب حقوق المتعاملين معها لم يقتصر على تقرير الحقوق والالتزامات الناتجة عن تلك العمليات، بل امتد إلى مختلف جوانب العلاقة ليشمل وضع تفاصيل الآثار الناتجة عنها، فمعرفتها بالجوانب القانونية المختلفة لما يمكن أن ينتج عن العمليات التي تقوم بها من مسؤولية، ومن خلال توظيف ما تتوفر عليه من الكفاءات القانونية تقوم البنوك بوضع مختلف الشروط التي تسعى من ورائها إلى التحلل من المسؤولية بشتى الطرق والوسائل.

فمن شروط الإعفاء من المسؤولية وتحديدها، مرورا بالشروط المتعلقة بتحديد وسائل الإثبات وحجيتها، وصولا إلى الشروط التي تحدد المحكمة المختصة للنظر في النزاع، يظهر مدى تحكم البنوك في مضمون العقود وسيطرة النزعة المصلحية عليها بعيدا عن التوازن المفترض نظريا في العلاقة، وقد يصل الأمر بالبنوك إلى حرمان العميل من أحد الحقوق الأساسية التي يكفلها له الدستور ولو بشكل مؤقت، من خلال سلب حقه في التقاضي وإجباره على اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاع سعيا منها إلى توفير النفقات والوقت.

لهذا فإن إستكمال عناصر المسؤولية المدنية للبنوك عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، تستدعي منا التطرق لمختلف الآثار التي تنتج عن تلك المسؤولية في التشريعات الوطنية والمقارنة، وعلى هذا النحو فإننا سنقوم في هذا الباب بدراسة الآثار الناتجة عن مسؤولية البنك المدنية للبنك عن عمليات التحويل الإلكتروني في فصلين نقسمها كالآتي:

الفصل الأول : حدود مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني

الفصل الثاني : الجوانب الإجرائية للمسؤولية المدنية الناتجة عن عمليات التحويل

الفصل الأول

حدود مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني

لقد سبق وأشرنا إلى أن القواعد التي تحكم المعاملات البنكية على العموم تثير العديد من الإشكالات والصعوبات بسبب موقعها بين فروع القانون المختلفة وتعدد المصادر التي يتم استقائها منها، فصلتها الوثيقة بالقانونين المدني والتجاري لا ينفي أن بعض مقتضياتها تخضع لفروع أخرى من القانون الخاص، بل وحتى القانون العام لاتصالها بمصالح عليا تتعلق بالجهاز البنكي والائتمان العام والسياسة الإقتصادية للدولة، لكن على الرغم من كل ذلك فإن العقد يبقى هو المصدر الأساسي لتنظيم العلاقة التي تجمع البنك بعملائه بخصوص العمليات التي يجريها.

وعلى أي حال فإن المقتضيات القانونية المختلفة ذات الصلة بالعلاقة التي تجمع البنك بعميله في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تضفي نوعا من المرونة على نظام المسؤولية المدنية الناشئة عنها، هذه المرونة قد تكون ناتجة عن المبادئ الأساسية التي تحكم المسؤولية المدنية على العموم والتي تجيز للشخص إعفاء نفسه منها إما لوجود بعض العوامل أو الظروف الخارجة عن إرادته، وإما بالاستناد إلى نظرية سلطان الإرادة وأن العقد هو شريعة المتعاقدين.

لكن آثار هذه المرونة في نظام المسؤولية المدنية لا تصب دائما في مصلحة البنك، فقد أضحت حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الشغل الشاغل لمختلف التشريعات، فالعميل يرتبط بمقتضى عقد من عقود الإستهلاك مع طرف يفوقه قوة من الناحية الإقتصادية مما يسمح له بفرض شروط التعاقد دون أن يكون للطرف الآخر مناقشتها، تذرعا بمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، هذه الحماية التي قررتها التشريعات لا تسمح للبنك بالتهرب من مسؤوليته، بل على العكس من ذلك تكرسها وتتشدد فيها.

وبناءا على ما سبق سنقوم في هذا الفصل بتناول العوامل المؤثرة في مسؤولية البنك المدنية تجاه عميله عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، مخصصين (الفرع الأول) للعوامل السلبية والتي يتمسك بها البنك كوسائل لإعفاء نفسه من المسؤولية أو للحد منها أو تخفيفها، بينما نتحدث في (الفرع الثاني)، عن العوامل الإيجابية القانونية والقضائية لحماية حقوق الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

الفرع الأول

العوامل التي تحد من مسؤولية البنك تجاه العميل

إذا ما توفرت جميع الشروط القانونية المتطلبة لقيام مسؤولية البنك فالأصل أن يكون مسؤولا عن تعويض الأضرار في مواجهة عميله، إلا أن ذلك مرهون بعدم توفر أحد الأسباب القانونية التي يستطيع البنك التمسك بها لإعفاء نفسه من المسؤولية(1)، وبالإضافة إلى الأسباب القانونية التي قد تحد من مسؤولية البنك في مواجهة العميل، فإن سعي البنك إلى تحسين شروط العقد لمصلحته إلى أقصى مدى ممكن، وبسبب هيمنة التوجه الفردي الذي لا غاية له سوى إحترام حرية الإرادة، يقوم باستغلال التفاوت في القوة الإقتصادية والفنية بينه وبين العميل، ويعمد إلى تضمين العقود التي يبرمها مع عملائه شروطا تعفيه من المسؤولية أو تخففها، أو يشدد بمقتضاها من مسؤولية العميل.

وسنحاول في هذا الفرع تحديد مختلف العوامل المؤثرة في قيام مسؤولية البنك المدنية تجاه عميله عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال من خلال تقسيمه إلى مبحثين، نتناول في (المبحث الأولى) الوسائل القانونية للإعفاء من المسؤولية، بينما نناقش في (المبحث الثاني) الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية المدنية.

المبحث الأول

القواعد القانونية لإعفاء البنك من المسؤولية

إن حق البنك في دفع مسؤوليته يوازي حق العميل في التعويض عن الضرر الحاصل له، فمتى استمع القاضي إلى دعوى المضرور، وجب عليه أيضا الاستماع إلى دفوع المسؤول، فالبنك يستطيع المنازعة بتحقق مسؤوليته من خلال نفي العلاقة بين فعله والضرر الحاصل للعميل، من خلال الإحتجاج بوجود سبب خارجي يرد إليه الحادث، وهو بإثباته لهذا السبب يقوم بقطع الصلة بين الفعل الذي صدر عنه والضرر الحاصل

---

(1)- ونحن نقول هنا الإعفاء من المسؤولية وليس عدم قيامها بشكل نهائي، لأن الفرض في هذه الحالة هو توفر جميع الشروط القانونية المطلوبة لقيام المسؤولية كما سبق وأشرنا، لهذا فإننا هنا نسلم بقيامها، ولا شك أن مثل هذا التوجه إنما يسهل على المضرور في الحصول على تعويض عن الضرر الذي أحدثه البنك نتيجة لممارسته لأعمال بوسائل إلكترونية، ويتفق هذا التصور كذلك مع القواعد القانونية التي وضعها المشرع الفرنسي لمسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني في إقامتها على فكرة الماكر والخطأ المفترض في جانب البنك، أنظر على خلاف ذلك :

- عادل جبري حبيب : المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 361
- عايد رجا الخلايلة : مدى خضوع المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية، سنة 2005-2006 ص 132

للعميل مما سيؤدي إلى إنعدام مسؤوليته، وإعفائه بالتالي من المسؤولية أو تحرره من أعبائها كليا أو جزئيا، وتنعدم العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة بوجود سبب أجنبي عن الفعل الذي قام به البنك، وهو إما أن يكون قوة قاهرة أو فعل الغير (المطلب الأول)، أو فعل العميل المضرور نفسه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القوة القاهرة و فعل الغير

إن القول بإمكانية إعتماد البنك على القوة القاهرة وفعل الغير لنفي مسئوليته المدنية تجاه المتعاملين معه يحتاج إلى توضيح الشروط القانونية المتطلبة لتوفرها في إطار عمليات التحويل الإلكتروني، وهو أمر لا يخلو من مصاعب نظرا للطبيعة الخاصة لهذه العمليات، لذلك سنقوم ببحث القوة القاهرة وفعل الغير كأسباب للإعفاء من المسؤولية في فقرتين، نتناول في (الفقرة الأولى) القوة القاهرة، ثم فعل الغير في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : نفي المسؤولية بالقوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة من أهم الحالات التي يلجأ إليها المسؤول عن الضرر لدرء المسؤولية عنه، وهي من حيث مفهومها تتطابق مع الحادث الفجائي[1]، فهما تعبيران متشابهان لا فرق بينهما سواء في المدلول أو النتيجة[2]، والقصد منهما كل حادث لا يمكن

(1)–وقد عرف الأستاذ عبد الواحد العلمي القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بأنها "واقعة ترجع لفعل الطبيعة، أو فعل الحيوان لا تجد سببها في الفعل الذاتي للشيء وخارجة عن إرادة الحارس وتكون هي التي أثرت على الشيء الذي في حراسته، وجعلته يلحق ضررا بالغير"، بينما عرفها الأستاذ أحمد الخمليشي بأنها " كل واقعة تحقق فيها عدم التوقع وتعذر الدفع سواء كانت من فعل الإنسان أو من فعل الطبيعة كحدوث فيضان أو زلزال أو إشعال نار وفعل السلطة ومن ذلك ارتكاب حادثة نتيجة خلل مفاجئ في محرك السيارة ".

– عبد الواحد العلمي: الأساس القانوني للمسؤولية عن الأشياء ووسيلة دفعها في القانون المغربي، م، س، ص241

– أحمد الخمليشي: المسؤولية المدنية للأبوين عن ابناهما القاصرين، م، س، ص391

(2)– ونشير في هذا الإطار إلى وجود مذهبين متعارضين الأول ينادي بثنائية القوة القاهرة والحادث الفجائي أي أن لكل منهما معنى مختلف، والثاني ينادي بالوحدة أي وحدة القوة القاهرة والحادث الفجائي فلا فرق بينهما وهما تعبيران مترادفان يقابلان الآفة السماوية أو الجائحة في الفقه الإسلامي، وهذا التوجه الأخير هو الراجح، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد العزيز توفيق " والحقيقة انه لا وجود لأي فرق - ولا ينبغي أن يكون هذا الفرق - بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، ذلك أن كلا منها : القوة القاهرة والحادث الفجائي غير ممكن التوقع وغير ممكن الدفع، وان حرف العطف "و" الذي يجمع بين العبارتين هو عطف تفسير، لا عطف تعدد، وهذا ما أكده المشرع المغربي في الفصل 268 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه ((لا محل لأي تعويض إذا اثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزي إليه، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو مطل المدين)) "

وقد عرف المشرع المغربي القوة القاهرة في الفصل 269 من ق. ل.ع الذي جاء فيه " القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية، ((الفيضان والجفاف والعواصف والحرائق والجراد)) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شانه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا"، أما المشرع الأردني فلم يقم بتعريف القوة القاهرة وإنما اكتفى بالنص على كونها سببا معفيا من المسؤولية في المادة 261 من القانون المدني

توقعه ولا تلافيه، ويستحيل دفعه ولا إرادة للمدين في إحداثه، وإذا ما أراد البنك التمسك بالقوة القاهرة كسبب لإعفائه من المسؤولية، يجب عليه إثبات توفر جميع الشروط المتطلبة في الواقعة المعتبرة بمثابة القوة القاهرة، وهذه الشروط هي عدم إمكانية التوقع، وعدم إمكانية الدفع، وشرط خارجية الحدث[1].

فيشترط في الحادث أن لا يكون متوقع الحدوث، فإذا ما أمكن توقعه لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة، وما تجدر الإشارة أن الحادث يجب أن يكون غير مستطاع التوقع لا للبنك نفسه فقط وإنما من جانب أشد الناس حرصا، فإذا كان قياس الخطأ الذي ارتكبه الشخص يتم بالنظر لمسلك الرجل المعتاد، فإن المعيار الذي يتأسس عليه نفي البنك لمسؤوليته عند التمسك بالقوة القاهرة يتم وفقا لمعيار موضوعي لا يكتفي فيه بالشخص العادي، وإنما يتمثل في أن الحادث غير ممكن التوقع حتى من أشد الناس يقظة[2]، وبالتالي ينبغي الأخذ بعين الإعتبار كون البنك يعتبر شخصا مهنيا محترفا يمتلك من الإمكانات ما لا يمتلكها غيره من الأشخاص عند تقدير مدى إمكانية التوقع، فيتم التعامل معه وفقا لهذه الكيفية ومقارنته بأشد البنوك حرصا في حدود الظروف المألوفة[3].

التي جاء فيها " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الإتفاق بغير ذلك "، أنظر :

- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية (الحلقة الثالثة)، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 21 سنة 1980ص 27 وما بعد.
- محمد حسين علي الشامي : ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، م، س، ص 617
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م س، ص 735

(1)- وقد يتم إختزال هذه الشروط في شرطين رئيسين وهما شرطا عدم قابلية التوقع وعدم إمكانية الدفع، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " من المتفق عليه فقهاً ومستقر عليه اجتهاداً أن شرطي القوة القاهرة هما عدم إمكان توقعها وإستحالة دفعها..."، لكن في المقابل فإنه قد يتم التوسع بشكل أكبر في تلك الشروط عندما يتم تجزئتها بشكل يمكن معه القول أنه لقيام القوة القاهرة فيجب توفر أربعة شروط وهي عدم قابلية التوقع، وعدم إمكانية الدفع وإستحالة تنفيذ الإلتزام وأخيرا شرط الخارجية، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية "... يشترط في الحادث ليكون قوة قاهرة توفر أربعة شروط : أن يكون غير متوقع الحصول وان يكون غير ممكن الدفع وان يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وان لا يكون هنالك خطا في جانب المدين.."، أنظر :

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2003/233 الصادر بتاريخ 10/03/2003 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية
- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1963/78 والصادر بتاريخ 24/03/1963 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م س، ص 737
- محمد حسين علي الشامي : ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، م، س، ص 614

(3)- ويرى بعض الفقه أن هذا الشرط يعني بحسب تركيبه اللغوي ومفهومه القانوني أن الحادث هو ما لا يمكن عادة توقعه، فيكون حصوله على غير ما كان منتظر، كما يجب أن يكون عدم التوقع هذا مطلقا، ولما كان معيار هذا الأخير مطلقا فإن تقصير المسؤول المتسبب في الضرر فيما كان يجب أن يتوقعه لا يعفيه من المسؤولية، فإذا كان للشخص أن يتوقع الحادث في الظروف الحاصل فيها فيكون شرط الإستحالة متخلفا، أما إذا كان من

كما يشترط في الحادث أن يكون مستحيل الدفع بشكل مطلق لا نسبي، حتى من أشد الناس قوة وذكاء وفطنة وحيلة، والمعيار هنا كما مر معيار موضوعي، فإن كان البنك يستطيع تفادي وقوع الضرر أو على الأقل تدارك نتائجه ولو بالقيام بأعمال قد تعد مرهقة بالنسبة إليه، فلا مجال لوصف الحادث بالقوة القاهرة طالما أن هذه الأعمال غير مستحيلة بالوجه المطلق، ولم يكن البنك ليعجز عنها لو ضاعف من جهده بالشكل الذي يترتب عنه عدم بلوغ الاستحالة الموضوعية[1]، ولا شك انه يؤخذ بعين الإعتبار في هذا الإطار مدى التطور التكنولوجي والاحتياطات التي كان بالإمكان للبنك أن يتخذها لتلافي الضرر.

ويترتب عن عدم إمكانية الدفع أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا[2]، بمعنى أنه يتعذر على الشخص تنفيذ ما التزم به في العقد نتيجة للحادث، وينبغي التفريق في هذا الصدد بين استحالة التنفيذ وبين صعوبة التنفيذ، فاستحالة التنفيذ تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا على الكافة لا على المدين نفسه وحسب، بينما يبقى التنفيذ ممكنا في صعوبة التنفيذ إلا أن ذلك قد يكون مرهقا للمدين الذي يضطر إلى تحمل أعباء إضافية ترهقه لكنها لا تجعل التنفيذ مستحيلا[3].

المستحيل عليه أن يؤثر فيه فإن الشرط يكون محققا وبالتالي يكون المعيار المعتمد لتقدير الشرط موضوعيا، أنظر في ذلك :

- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، منشورات عويدات، بيروت، 1981 ص 304 وما بعد

(1)- فاستحالة الدفع إذن هي التي تجعل القوة القاهرة والحادث الفجائي معدمة للعلاقة السببية بين الفعل ونتيجته، فإذا أمكن دفع القوة القاهرة حتى ولو استحال توقعها فان الحادث لا يعد قوة قاهرة أو حادثا فجائيا، ولا ينبغي الخلط هنا بين حدث غير متوقع في منشأه وبين نتيجة له لم تكن لتحصل لولا إهمال المسؤول عن الضرر، بحيث سهل حصولها أو أتاح فرصتها، إذ في هذه الحالة كان للشخص المسؤول أن يتدارك النتيجة لو تصرف بالشكل الواجب الذي لم يكن ليخرج عن طاقته، فقدرة الشخص على تلافي النتائج المترتبة عن الحادث لا تجعل منه قوة قاهرة، أنظر :

- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، م، س، ص 309
- يحيى أحمد موافي: المسؤولية عن فعل الأشياء في ضوء الفقه والقضاء، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1992 ص183

(2)- واستحالة التنفيذ قد تكون مادية أو معنوية أو قانونية، والاستحالة المادية تكون بوجود مانع مادي ككسر في مراقبة قيادة السيارة أو الضوء القوي المفاجئ، لأنه إذا لم يكن مفاجئا ورآه السائق من بعيد فانه يقوم بكافة الاحتياطات منها التزام أقصى اليمين والتخفيض من السرعة إلى أقصى حد أو الوقوف تماما، أما الاستحالة القانونية فتكون بوجود مانع قانوني يجعل التنفيذ مستحيلا، كالشخص الذي يبيع لآخر سلعة يستوردها أو موادها الأولية من الخارج، ثم يصدر قرار يمنع استيراد تلك السلعة أو تلك المواد، أما الاستحالة المعنوية فتكون بوجود مانع أدبي يمنع الملتزم من تنفيذ التزامه، وكل شخص آخر كان في مثل موقفه، كالمغني الذي يلتزم بإقامة حفلة غنائية في مسرح أو في منزل احد الناس، ثم يموت عزيز لديه، كابنته مثلا أو والده أو زوجته أو أخيه قبل قيام الحفلة، أنظر:

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م س، ص 737 وما بعد
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية، م، س، ص 29 وما بعد

(3)- وهذا ما يميز القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة، حيث عن هذه الأخيرة تتعلق بوجود ظروف غير متوقعة الحدوث أو الدفع ومن شأنها أن تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للشخص المدين، لا أن تجعله مستحيلا كما هو

وأخيرا يشترط في الحادث لكي يعتبر قوة قاهرة أن لا يكون للمدين وهو البنك في حالتنا هذه أي يد في وقوع الضرر، وهو ما يستوجب عدم وقوع أي خطأ منه، وأن يكون الحادث أجنبيا عن النشاط الذي يمارسه، فلا تعتبر من قبيل القوة القاهرة الحوادث التي تدخل في صميم أعمال البنك، كأعمال لصيانة التي يفترض أن يقوم بها لأجهزته وأنظمته الإلكترونية، أو الأحداث الناتجة عن عدم تحرزه وأخذه للاحتياطات اللازمة لحماية النظام الإلكتروني(1)، ويترتب عن توافر جميع الشروط السابقة ثبوت القوة القاهر، فإذا كانت هي السبب الوحيد للضرر انقطعت علاقة السببية بين فعل المدين والضرر، بما يؤدي إلى إعفائه من المسؤولية(2).

ولا شك أن إستخدام النظام الإلكتروني في العمليات البنكية قد يكون عرضة للكثير من المخاطر الناتجة عن عوامل داخلية أو خارجية، ومن أمثلة ذلك ما قد تؤديه الرطوبة أو الحرارة الشديدة من تلف في الأنظمة الإلكترونية بما يؤثر على حسابات العملاء، أو يؤدي إلى عدم قدرتهم على الاستفادة من الخدمات التي يقدمها البنك، أو حدوث تلف مفاجئ في أجهزة التكييف أثر على كفاءة النظام، أو قطع للتيار الكهربائي مما جعل النظام يفقد جميع البيانات المخزنة فيه، أو نشوب حريق في مبنى البنك أثر في الاتصالات بين البنك وعملائه أو الأجهزة المرتبطة به، أو اقتحام أو سرقة وحدات تخزين المعلومات

شأن القوة القاهرة، ويلاحظ أن المشرع المغربي لم يأخذ بهذه النظرية الأخيرة بينما أخذ بها المشرع الأردني في المادة 205 من القانون المدني، وفي هذا الصدد نشير إلى قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية ميزت فيه بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة حيث جاء فيه " إن نظرية الظروف الطارئة التي اسماها القانون المدني في المادة (205) منه، بالحوادث الاستثنائية العامة، إنما تتعلق بوجود ظروف عامة، تجعل تنفيذ الالتزامات لأحد طرفي العقود المتراخية التنفيذ مرهقا، وليس مستحيلا، لأنه في حالة الاستحالة نكون تجاه قوة قاهرة، وفي توافر هذه الظروف فانه يجوز للمحكمة بعد موازنة مصلحة طرفي العقد، رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، فيما إذا اقتضت العدالة ذلك ...". أنظر :

- قرار محكمة التميز الأردنية عدد 1997/2316 والصادر بتاريخ 17/01/1998 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية
- محمد الكشبور: نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1993 ص27
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م س، ص 737
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية، م، س، ص 29

(1)- ولا يعني ذلك بالضرورة إخراج فعل المدين من دائرة الحادث بشكل كامل إنما لا يجعل منه السبب المنتج للضرر، إذ يرجع مصدر الحادث أصلا إلى العامل الأجنبي الذي ولده، فإذا كان الضرر الذي وقع للزبون، جاء نتيجة لأعطال أصابت أجهزة البنك، أو نتيجة لعيوب داخلية غير ظاهرة في الأجهزة التي يستخدمها البنك، ولا يمكن اعتبار مثل هذه الأحداث من قبيل الأحداث الخارجية أو التي لا يد للبنك فيها، أنظر في نفس المعنى :

- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، م، س، ص 361
- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، م.س.ص309
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية، م، س، ص 29

(2)- وقد يكون من آثار القوة القاهرة وقف تنفيذ الإلتزام حتى زوال هذا العارض، فيبقى الإلتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بزوال الحادث، أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م س، ص 740

للتلاعب في حسابات العملاء، مما يطرح التساؤل حول مدى قدرة البنك على التمسك بمثل هذه العوامل باعتبارها تشكل قوة قاهرة؟

للإجابة عن هذا التساؤل نشير بداية إلى أن الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية البنك عن الضرر الذي وقع للعميل نتيجة حدث ما له أثر كبير في مدى قدرته على التمسك بالقوة القاهرة كسبب معفي من المسؤولية، فالاعتماد على الخطأ كأساس للمسؤولية سواء منه الثابت أو المفترض يمنح البنك القدرة على التحلل من المسؤولية بإثبات القوة القاهرة(1)، إما إذا قلنا أن أساس المسؤولية يقوم على نظرية الغرم بالغنم أو مخاطر المهنة فحتى لو كان الضرر ناتجا عن قوة قاهرة فإن ذلك لا يعفي البنك من تحمل المسؤولية، نظرا لأن الهدف من هذا النوع من المسؤولية هو تعويض الشخص المضرور دون تطلب إثباته لخطأ البنك.

وفي هذا الإطار يشدد بعض الفقه(2) من مسؤولية البنك ويجعله مسؤولا عن تعويض العميل عن هذه الأضرار على اعتبار انه الطرف الأقوى في العقد، تطبيقا لفكرة تحمل تبعة مخاطر المهنة، بينما يرى البعض الآخر من الفقه(3) أنه نظرا لكون البنك يعتبر مسؤولا وفقا للقواعد العامة، فإن مختلف الأحداث التي قد يتعرض لها يمكن أن تشكل حالة قوة قاهرة تبرئه من التزامه، ومن مسؤوليته عن الأخطاء التي ارتكبها عن طريق نظامه الإلكتروني، فلا شيء يمنع البنك من التمسك بها متى توافرت شروطها، ولاشيء يمنع القضاء من تطبيقها إعمالا لهذه القواعد العامة، ومهما وصل تشدد القضاء في تقدير هذه الشروط، فإنه لن يصل أبدا إلى حد منع البنك من التمسك بها.

وعلى العموم فإن باستطاعة البنك التمسك بالقوة القاهرة لإعفاء نفسه من المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي لحقت عميله نتيجة لاستخدام النظام الإلكتروني(4)، وبالتالي فمن

---

(1)- وإثبات إنتفاء الخطأ يعتمد بدوره على طبيعة الإلتزام الذي يتحمله الطرف المسؤول في العلاقة التعاقدية، فإن كانت بنتيجة أو تحقيق غاية لا أستطاع الشخص المسؤول التخلص من المسؤولية إلا بإثبات أن عدم تنفيذ الإلتزام يرجع إلى سبب أجنبي لا دخل لأرادته فيه، أما إذا كان الإلتزام إلتزام بوسيلة أو بذل عناية فإنه لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ هذا الإلتزام عناية الرجل المعتاد.

(2)- أنظر في ذلك :

- Vezian (J): La responsabilité du banquier en droit privé Français, Mcabrilac technique 1983, p79

- حازم نعيم الصمادي " المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار عن الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، م، س، ص 130

(3)- أنظر في ذلك :

- شريف محمد غنام : مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر ، م.س.ص.57.

- حسام الدين الأهواني : حماية أنشطة البنوك من مخاطر استخدام الحاسبات الإلكترونية، م، س، ص 65

- نوري حمد خاطر : مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن إستخدام النظام الرقمي في العمليات المصرفية، م، س، ص 1810

(4)- ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي نص صراحة على القوة القاهرة كسبب لإعفاء البنك من المسؤولية في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني وذلك من خلال ما جاء النص عليه في المادة (L133-5) من قانون النقد والمالية، والتي جاء فيها :

المتصور أن تشكل الحوادث أعلاه وغيرها شكلا من أشكال القوة القاهرة إذا ما استطاع البنك إثبات جميع عناصرها، وله أن يثبت ذلك بكافة وسائل الإثبات الممكنة، لأن الأمر يتعلق بواقعة أو وقائع مادية، ويبقى لقضاة الموضوع بالنظر لظروف كل نزاع على حده أن يستخلصوا تلك الوقائع وأن يكيفوها التكييف القانوني الصحيح وهو تكييف كقاعدة يخضع لرقابة محكمة النقض.

ويلعب المعيار الموضوعي المستخدم لإثبات عناصر القوة القاهرة دورا كبير في تقليل الحالات التي يمكن للبنك التمسك بها كقوة قاهرة، إذا ما أخذنا بعين الإعتبار مجموع العوامل المؤطرة لعمل البنك عموما، فاحتراف البنك وطبيعة العمليات والتجارة التي يمارسها والظروف التي تمارس فيها، إلى جانب طبيعة تكوينه وخضوعه لرقابة عدة جهات والتنظيم القانوني المحكم له، بالإضافة إلى التطورات المتلاحقة في ميدان تكنولوجيا المعلومات وأساليب العمل البنكي التي أصبحت تتخذ طابعا عالميا موحدا، كل تلك العوامل وغيرها من شأنها أن تؤثر في قرار القاضي حول إعتبار واقعة ما من قبيل القوة القاهرة أم لا[1].

ومن هذا المنطلق فإن تعطل أجهزة البنك نتيجة لأحد العوامل والظروف التي تكون متوقعة الحدوث في ظل الوسائل التي يستخدمها البنك للعمل لا تشكل قوة قاهرة، فاستخدام الآلات الإلكترونية ومختلف الأجهزة التي تعتمد على الكهرباء كوسيلة لتزويدها بالطاقة يكون من بين الظروف التي قد تؤدي إلى وقوع العديد من الحوادث الناتجة عن الحريق والرطوبة وغيرها من العوامل الخارجية، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أن من يستخدم مثل هذه المعدات يكون معرضا لهذه الأخطار وبالتالي يكون عليه أخذا الاحتياطات اللازمة، ومن بين ما جاء في هذا القرار "...ويكون الحريق قوة قاهرة إذا كان يمثل كارثة طبيعية ليس للإنسان يد في حدوثه، ولا يمكن توقعه ولا دفعه، وبعكس ذلك، فهو ليس قوة قاهرة، ويكون سببا للإلزام بالضمان، وأمثلة مثل هذه الحرائق، تلك التي تحدث نتيجة استعمال الآلات والأشياء في المصانع أو المعامل أو المحلات العامة التي تستعمل بعض أنواع الطاقة، كالكهرباء والغاز والمازوت وخلافه.."[2].

" La responsabilité prévue aux sections 2 à 9 du présent chapitre ne s'applique pas aux cas de force majeure…."

(1)- فالجهد المطلوب من البنك لبذل عنايته في الوقاية من مختلف الأخطار الناتجة عن الأعمال التي يقوم بها هو جهد البنك الحريص وليس مجرد عناية عادية لأنه إعتاد العمل في تلك البيئة المليئة بالأخطار، وبإمكانه توقعها وأخذ الإحتياطات اللازمة لدرئها، وبالتالي فإنه يسأل إذا ما قصر أو أهمل في ذلك، لكونه قد قصر في حماية أموال الأشخاص الذين يتعاملون معه، أنظر في ذلك :

- حازم نعيم الصمادي " المسؤولية المدنية للمصرف عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، م، س، ص 130

(2)- وقد جاء في تعليل هذا القرار " إذا أثبتت البينة الشخصية والفنية أن الحريق قد ابتدأ من جهة القاعة الموجودة فيها الآلات والأشياء المستعملة في إعداد وجبات الطعام والتي تدار من قبل عمال فندق المميز ضدها، وان حرارة اللهب والإشعاع الحراري الصادرة عنها هي من الأسباب التي قد تؤدي إلى حدوث الحريق نتيجة وصولها إلى مادة الخيش السهلة الاشتعال، ويضاف إلى ذلك الحرارة المتأتية من التدفئة المركزية في القاعة،

وبالتالي فإن البيئة التي يعمل فيها البنك وطبيعة الخدمات التي يقوم بتقديمها من شأنها أن تؤثر على التكييف القانوني للحوادث التي تقع له أو لأحد عملائه، فمختلف أشكال الأعطال الإلكترونية سواء تلك الناتجة عن عوامل داخلية خاصة بالأجهزة أو عوامل خارجية عنها، من الصعب وصفها بالقوة القاهرة، ذلك أنه يجب على البنك أن يقوم بإجراءات دورية لصيانتها والتأكد من مدى سلامتها، ووضع مختلف وسائل الحماية لها من الرطوبة أو من الحرارة وغيرها من العوامل[1].

الفقرة الثانية : فعل الغير كسبب لنفي مسؤولية البنك

يخلق العقد مركزا قانونيا يتضمن علاقة داخلية بين المتعاقدين، وهي علاقة الإلتزام الذي يصبح بموجبها المتعاقد دائنا ومدينا، وعلاقة خارجية هي علاقة الغير بهذا المركز، إذ تفرض حجية العقد على الغير إحترام المركز القانوني للمتعاقد، ولا شك أن تطبيق القواعد القانونية يختلف تبعا لوصف الشخص فيما إذا كان من الغير أو لم يكن كذلك، ومع ذلك فإن غموض فكرة الغير وعدم تحديدها بصورة دقيقة جعل معناها يختلف من ميدان إلى آخر[2].

ووجود صاج فلافل وصاج خبز شراك و(الهاند فول) فيها، مما تأتى على كل ذلك مع استمرار هذا الوضع لمدى (21) يوما ارتفاع درجة الحرارة وجفاف مادة الخيش، ومؤدى كل ذلك عمليا ومنطقيا أن هذه الآلات والأشياء هي سبب اشتعال الحريق في القاعة ومنها إلى المخزن المستأجر من المميز، الأمر الذي يستدعي معالجة هذه الوقائع ونتائجها على ضوء أحكام المادة (291) من القانون المدني، إن قول المحكمة في قرارها بأنه لم يكن بالإمكان توقع الحريق، فانه ومع مخالفة ذلك للمنطق والعلم إذ انه من المتوجب على أصحاب المشاريع العامة والمصانع والأماكن العامة كفندق المميز ضدها اتخاذ إجراءات السلامة العامة التي توجبها القوانين والأنظمة والعرف، وقد أشار تقرير هيئة التحقيق التي كانت قد شكلت من قبل مدير الأمن العام في البند الثامن منه إلى انه قد ثبت لديها أن إدارة الفندق لم تتنبه إلى خطورة وضع الخيش في داخل قاعة الطعام، ولم تقم باستشارة الجهة المختصة بالسلامة العامة التي هي مديرية الدفاع المدني..."

– قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1997/1969 والصادر بتاريخ 26/11/1997 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)– ويمكن في هذا الصدد الإشارة إلى أحد القرارات الصادرة عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء والذي جاء فيه "...وحيث انه فيما يخص كون التواصيل محررة بخط اليد فان ذلك يبقى مجرد أمر شكلي تمليه ظروف العمل واستمراره لان التمسك بإنجاز التواصيل بواسطة الحواسب فقط وعدم قبول المنجزة بخط اليد من شانه أن يعطل العمل في حالة توقف تلك الحواسب أو انقطاع التيار الكهربائي الذي يشكل الطاقة الضرورية والأساسية لتشغيلها..."، حيث يلاحظ أن المحكمة في هذا القرار نبهت إلى كون الكهرباء تمثل مصدر طاقة أجهزة الحاسب التي يعتمد عليها البنك في عمله بشكل كبير قد يؤدي إلى توقف عمل البنك بشكل كامل إذا ما وقع خلل في تزويد تلك الأجهزة بالكهرباء، ويجب أن يتوفر البنك على نوع من المرونة في العمل بوضع خطط للطوارئ ووسائل بديلة لضمان إستمرارية العمل.

– قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2004/489 والصادر بتاريخ 2004/02/16 (غير منشور)

(2)– أنظر في مفهوم الغير :

– صبري حمد خاطر : الغير عن العقد، م، س، ص15

– جابر محجوب علي : المسؤولية عن فعل الغير في إطار المجموعات العقدية دراسة مقارنة، مجلة المحامي السنة 23، سنة 1999، ص 5

وفي إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني يمكن القول بأن الغير هو من لم يكن طرفا في العقد الذي يجمع بين البنك والعميل وليس خلفا عاما أو خاصا لأحد أطرافه، ولا تربطه علاقة بهم فيما يتعلق بالإلتزام الذي يجمع بينهما، كما أنه ليس تابعا لأحدهم، فالغير إذن هو من لم يكن طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة، ولا يشترط أن يكون الغير معروفا فقد يكون شخصا مجهولا غير معروف بالنسبة لطرفي العقد(1).

ولا شك أن الأضرار التي تقع للعميل نتيجة لتدخل الغير الخارج عن نطاق العلاقة التي تجمعه بالبنك، تعتبر من أهم الإشكالات التي تواجه العمل بأدوات التحويل الإلكتروني للأموال بشكل عام، باعتبارها من المخاطر التي تحيط بتلك العمليات، ومن أمثلة ذلك ما يمكن أن تتعرض لها أدوات التحويل من أفعال قد يكون الهدف منها السطو على أموال العميل لدى البنك من قبيل سرقتها أو قرصنتها أو تزويرها من طرف الغير(2)، أو قد يكون الهدف منها مجرد العبث بأجهزة وأنظمة البنك مما قد يترتب عنه

---

(1)- أنظر في ذلك :
- صبري حمد خاطر : الغير عن العقد، م، س، ص 335
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م س، ص 740
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية، (الحلقة الرابعة)، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 22 سنة 1981، ص 33
- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، م، س، ص358

لكن في المقابل قد يكون هذا الغير معروفا لأحد المتعاقدين كما هو الشأن بالنسبة للأشخاص الذين يتعامل معهم البنك لتوريد مختلف الخدمات المتعلقة بالعمليات التي يجريها مع عملائه، فالبنك يستعين بأكثر من شخص أجنبي في تنفيذ التزامه تجاه العميل، فهناك الشركة المسؤولية عن مكونات الحسب الآلي والبرنامج الذي يعمل من خلاله، وهناك البنك الآخر الذي يتعامل معه بنك العميل حامل البطاقة البنكية، وهناك كذلك شركة الاتصالات المسؤولية عن نقل البيانات المالية بين البنوك، وشركات تزويد البنك بالتيار الكهربائي وغيرها من الخدمات المرتبطة بعمليات التحويل البنكي الإلكتروني، وقد سبق لنا القول أن البنك يكون مسؤولا مسؤولية شخصية مباشرة في مواجهة العميل عن الأضرار التي تقع له نتيجة لفعل هؤلاء الأشخاص.

(2)- تعد سرقة أداة التحويل من أهم المشكلات القانونية التي يثيرها التعامل بهذه الوسائل ، فقد تتم السرقة أو قد تفقد من حاملها الأصلي، وفي هذه الحالة فإنها قد تقع في يد شخص آخر يقوم باستخدامها بدون وجه حق أو بشكل غير شرعي ، وتكمن براعة السارق في سرعة استخدامه لها سواء عبر المنافذ الإلكترونية المختلفة أو عبر الإنترنت، وذلك قبل قيام صاحبها بإبلاغ البنك عن فقدها، وتكون السرقة في هذه الحالة سرقة حقيقة، بينما تتخذ السرقة شكلا صوريا بأن يقوم صاحب أداة التحويل بالاستخدام غير المشروع لها ثم يبلغ السلطات بفقدها في حين أنها مازالت في حوزته، أما بالنسبة للتزوير فإنه يعد من أخطر طرق الغش التي تقع في مجال النظم الإلكترونية نظرا لأن الحاسب الآلي أصبح يحل الآن محل الأوراق في كافة المجالات ، انظر في ذلك:
- جلال محمد الزغبي : جرائم الحاسب الآلي والإنترنت دراسة تحليلة مقارنة، دار أفاق، عمان، الأردن، 2001
- محمد صبحي نجم : المسؤولية الجزائية عن الإستخدام غير المشروع لبطاقة الإئتمان، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ، الجزء الثالث ، م، س، ص 1168 وما بعد
- كيلاني عبدالرضى محمود : المسؤولية عن الإستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان، درا النهضة العربية، القاهرة، 2001
- عماد علي الخليل : التكييف القانوني لإساءة إستخدام أرقام بطاقات الإئتمان عبر شبكة الإنترنت ، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الجزء الثالث ، م، س، ص 918 وما بعد

أضرار للعميل، والتساؤل المطروح في هذا الإطار، ما أثر مثل تلك الأفعال على مسؤولية البنك في مواجهة العميل؟

قبل الإجابة عن التساؤل السابق لا بد من الإشارة إلى أن فعل الغير لا يعتبر سببا معفيا من المسؤولية إذا ما كان أساس قيامها تحمل التبعة أو نظرية المخاطر، ففعل الغير لا يعتبر سببا معفيا من المسؤولية إلا في إطار المسؤولية الخطئية، فإذا ما استطاع المدعي إثبات صدور خطأ من المدعي عليه تقوم بموجب ذلك مسؤولية هذا الأخير، إلا أنه يستطيع نفي هذه المسؤولية إذا ما أثبت أن خطأ الغير هو السبب في إحداث الضرر، ولهذا فإن فعل الغير في هذا الإطار يستوجب أن يكون خطئا، بمعنى الإنحراف عن السلوك المعتاد، حتى يعفي الشخص من المسؤولية، وتقوم بالتالي مسؤولية الغير في محلها[1].

والحقيقة أن فعل الغير لا يعتبر سببا مستقلا قائما بذاته للإعفاء من المسؤولية[2]، إذ يجب أن يحتوي على عناصر القوة القاهرة، ويتوفر فيه ما يتوفر فيها من شروط، فيجب أن يكون غير متوقع الحدوث وغير قابل للدفع، كما يجب في فعل الغير أن يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا على المدين، ويجب أن لا يكون لهذا الأخير سبب في إحداث الضرر الناتج عنه، فمتى ثبت أن فعل الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر يعفى المدين من المسؤولية[3].

- عبد اللطيف الشوقيري : الجريمة الإلكترونية جرائم البطاقات البنكية، مقال منشور بمجلة المرافعة، 2006، ص 61 وما بعد
- حاتم عبدالرحمن الشحات : الحماية الجزائية للثقة في المستند الإلكتروني، مجلة الحقوق، العدد 3 السنة 29،2005، ص 149.

(1)- أنظر في ذلك :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 753
- إبراهيم دسوقي أبو الليل : المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، م، س، ص 126
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية، م، س، ص 33
- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، م، س، ص359

(2)- والملاحظ أن المشرع المغربي لم ينص على فعل الغير كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية المدنية في الفصل 268 من قانون الإلتزامات والعقود السابق الإشارة إليه، على خلاف ما فعل نظيره الأردني من خلال المادة 288 من القانون المدني، وقد أثار فعل الغير جدلا في بداية الأمر لدى القضاء الفرنسي كسبب معفي من المسؤولية خصوصا في مجال نقل الأشخاص، فقد استقرت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في بداية الأمر على أن فعل الغير يعتبر سببا مستقلا للإعفاء من المسؤولية دون تطلب شروط القوة القاهرة فيه، غير أنه سرعان ما غيرت محكمة النقض هذا التوجه نتيجة لوقوف محاكم الموضوع في وجه هذا الإتجاه، واستقرت على مساواة فعل الغير بالقوة القاهرة من حيث الشروط المتطلبة فيها، أنظر في ذلك :
- محمد الكشبور : نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، م، س، ص 45

(3)- فإذا وقعت أداة التحويل في يد شخص غير صاحبها الشرعي وإستطاع بطريقة أو بأخرى إستعمالها، فإنه يعد مسؤولا مدنيا تجاه الغير صاحب أداة التحويل عن الأضرار التي أصابته، ولهذا ، فمجرد إقدام الغير على إستخدام أداة التحويل مع علمه بأنها مملوكة لشخص آخر يعد خطأ من جانبه، أنظر في نفس المعنى :
- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، م، س، ص359

أما إذا وقع خطأ من المدين واشترك مع خطأ الغير في إحداث الضرر، ففي هذه الحالة يكون هناك أثر لفعل الغير في مسؤولية المدين على إعتبار انه يشكل خطئا، شريطة أن يكون لهذا الخطأ أثر في إحداث الضرر، وإذا استغرق فعل المدين فعل الغير في إحداث الضرر كان المدين هو المسؤول وحده، أما إذا لم يستغرق أحد الفعلين الآخر أعتبر أن كل من المدين والغير سببا في إحداث الضرر، فيتعدد بذلك المسئولون، وتقسم المسؤولية بحسب جسامة خطأ كل منهما[1].

وبغض النظر عن الحالات السابقة فما يثير الشك حول مدى إمكانية إعتماد البنك على فعل الغير كسبب للإعفاء من المسؤولية حتى لو قلنا أن مسؤولية البنك هي عقدية تقوم على الخطأ كأساس لها، فإن المعيار المعتمد عليه لتقدير تدخل الغير في إطار العلاقة التي تجمع البنك بالعميل باعتباره مشكلا لقوة قاهرة هو معيار موضوعي يتخذ من الشخص الحريص وجها للمقارنة مع السلوك الذي اتخذه البنك في مدى توقعه للفعل الصادر من الغير[2]، ومدى إمكانية دفعه.

- محمد الكشبور : نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، م، س، ص 45
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 753
- إبراهيم دسوقي أبو الليل : المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، م، س، ص 126
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية، م، س، ص 34

وتشكل الجرائم التي تقع على أدوات التحويل من أهم الأفعال المنشئة للمسؤولية المدنية إلى جانب الجنائية، لكن لا تعتبر الجرائم هي وحدها ما يقيم المسؤولية المدنية إن ترتب عليها ضرر، بل أي فعل أو واقعة تحدث ضرر للغير، ولذا لا تقوم حاجة إلى حصر الأفعال الموجبة للتعويض أو تعدادها بل يكفي أن يوضع لتحديدها معيار أو ضابط عام، يكون كلما ينطبق عليه من الأفعال فعلا منشئا للمسؤولية المدنية، وأثر قيام المسؤولية المدنية هو إلزام المسؤول بتعويض ما يحدث للغير من ضرر نتيجة للفعل الذي تترتب عليه هذه المسؤولية، وهذا يعني أولا أن قيام المسؤولية المدنية يقتضي حدوث ضرر للغير، وبغير الضرر لا تقوم هذه المسؤولية، والثاني أن أثر المسؤولية المدنية هو إلزام المسؤول بإزالة الضرر أو التعويض عنه، دون زيادة أو نقص، فمعنى التعويض الذي يلزم به المسؤول لا يتحقق إلا فيما يقصد به رفع الضرر وفي حدود مقدار هذا الأخير، أنظر في التمييز بين المسؤولية المدنية والجنائية :

- عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، م، س، ص 7 وما بعد
- جميل الشرقاوي: النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976 ص 429 وما بعد

(1)-وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الغير يسأل بناءا على قواعد المسؤولية التقصيرية على إعتبار أنه لم يكن طرفا في العقد، ثم إن الكثير من الأفعال التي يرتكبها الغير في هذا الإطار تعتبر من قبيل الجرائم، أنظر في قواعد توزيع المسؤولية بين الغير والمسئول :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 753
- إبراهيم دسوقي أبو الليل : المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، م، س، ص 126
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية، م، س، ص 37

(2)- ذلك أن معيار عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع هو معيار موضوعي لا شخصي، ومن ثم لا يكفي أن يكون فعل الغير المعتبر بمثابة قوة قاهرة في هذا الصدد مما لا يمكن للمدين بالذات أن يتوقعه أو أن يتفاداه، وإنما يجب أن يكون عدم التوقع قائما بالنسبة لأي مدين كان ومهما بلغ من الحرص والحيطة، طالما وجد في نفس الظروف التي يوجد فيها المدين، وما يلاحظ أن بعض الفقه إنتقد هذا المعيار الموضوعي، وفي هذا الإطار يقول الأستاذ محمد الكشبور " وعلى الرغم من ذلك فإن هذا المعيار يبقى فكرة مرنة جدا يصعب ضبطها من الناحية الذهنية

فالبنك مطالب بحكم طبيعة عمله والبيئة التي يعمل بها باتخاذ العديد من الإجراءات التي تكفل حماية نظام التحويل البنكي الإلكتروني، ونظرا لتفوقه الإقتصادي يمكنه الإعتماد على آخر ما توصل إليه العلم والتكنولوجيا المتطورة في ذلك، والاستعانة بالخبرات اللازمة لمنع الغير من العبث بأنظمته وأجهزته، كما أنه ملزم بالحفاظ على أموال المتعاملين معه بشتى الوسائل والسبل، ولا يمكنه بالتالي التذرع بتدخل الغير كسبب للضرر الذي حدث للعميل لإعفاء نفسه من المسؤولية.

وفي هذا الإطار فقد جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية أن "...السرقة لا تشكل قوة قاهرة أو سببا خارجيا من شانه أن يعفي المؤسسة من المسؤولية والضمان ذلك أن السرقة إما أن تقع من موظفي المؤسسة ومستخدميها أو من الغير، فان وقعت من مستخدمي المؤسسة فهي مسؤولة عن أفعال مستخدميها بحكم التبعية حسبما استقر عليه الاجتهاد، وان كان السارق من الغير فلا تعفى المؤسسة أيضا من المسؤولية باعتبارها إدارة حكومية تملك كل وسائل الحماية لما تحت يدها من أموال للخزينة أو الجمهور..."[1].

فمن خلال هذا القرار يتضح أن محكمة التمييز اعتبرت أن السرقة لا تشكل قوة قاهرة ولا فعلا للغير يعفي الإدارة الحكومية من المسؤولية، ولا شك أن ما ينطبق على الإدارة الحكومية ينطبق على البنك كذلك باعتباره كيانا اقتصاديا يمتلك من الوسائل ما تمتلكه الإدارة وربما أكثر من ذلك في بعض الأحيان، ويمكن القياس على الحالة التي أوردها القرار السابق وهي السرقة، على مجموعة أخرى من الحالات الخاصة باستخدام التكنولوجيا الحديثة في الميدان البنكي من قبيل حالات الدخول غير المصرح به إلى أنظمة البنك للسطو على حسابات العملاء بمختلف الوسائل والطرق.

ومن خلال ما سبق يظهر أن دفع البنك بالقوة القاهرة وبفعل الغير كسبب لإعفاء نفسه من المسؤولية قد لا يكون مجديا له في الكثير من الحالات، وبناءا على ذلك تبقى الحالة الوحيدة المؤثرة وبحق في حدود مسؤولية البنك في مواجهة العميل، وهي الحالة التي قد يصدر فيها خطأ عن هذا الأخير يترتب عنه وقوع ضرر له.

نظرا لما توحي به من أفكار متناقضة، لذلك كان ينبغي الإكتفاء بمعيار الرجل الحريص على شؤون نفسه"، أنظر:

- محمد الكشبور : نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، م، س، ص 32

(1)- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1987/62 والصادر بتاريخ 29/01/1987 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

المطلب الثاني

خطأ العميل كسبب لإعفاء البنك من المسؤولية

إن تحقيق التوازن في العلاقة التي تجمع بين البنك والعميل يقتضي عدم غض الطرف عن الأفعال التي تصدر عن هذا الأخير وتساهم في أحداث الضرر الذي وقع له[1]، فهو يلتزم شأنه شأن البنك بمجموعة من الإلتزامات الناتجة عن العقد الذي يربط بينهما وهو مطالب بتنفيذها وفقا لما يقتضيه حسن النية، وفي حالة ما إذا خالف العميل هذه القواعد يعفى البنك من المسؤولية (الفقرة الأولى)، إلا أن ذلك لا يعني تحميل العميل المسؤولية كاملة في حال صدور أي خطأ منه، فقد يشترك خطأ البنك مع الخطأ الذي يصدر عن العميل في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة يجب الأخذ بعين الإعتبار مدى جسامة الخطأ الصادر عن كلا الطرفين لتحديد نسبة تأثير كل منها في إحداث هذا الضرر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: خطأ العميل هو السبب المباشر للضرر

لا شك أنه من الصعوبة بمكان وضع كل من البنك والعميل في كفتين متوازيتين بخصوص الأخطاء التي تصدر عنهما، وإعفاء البنك من المسؤولية عند وقوع أي خطأ ولو كان تافها من طرف العميل، لأن ذلك سيؤدي بالضرورة إلى حرمان العميل إما كليا أو جزئيا من حق الحصول على تعويض عن الضرر الحاصل له، وفي المقابل فإن ليس من المنطقي التغاضي عن بعض الأخطاء الجسيمة التي تصدر عن العميل وتكون السبب المباشر في حدوث الضرر له.

فقد يحدث أن يكون لأحد الأفعال الصادرة عن العميل الدور الرئيسي والمباشر في وقوع الضرر، بالخروج عن المألوف وعن القواعد القانونية والعقدية أثناء تعامله بأدوات التحويل البنكي الإلكتروني، والتي قد يتمسك بها البنك لإعفائه من المسؤولية عن تلك الأضرار، لكن ذلك لا يعني أن أي خطأ أو فعل يصدر من العميل من شأنه أن يعفي البنك من المسؤولية[2]، إذ يجب أن يكون هذا الفعل ذا شأن في إحداث الضرر وأن يستغرق

---

(1)- وسوف نقوم بعرض النظريات التي قيلت لتحديد العلاقة بين مختلف الأسباب المحدثة للضرر في حالة تعددها عند البحث في الخطأ المشترك بين كل من البنك والعميل، أنظر الفقرة الثانية من هذا المطلب

(2)- فمن الإجحاف القول أن عدم إتباع العميل للتعليمات التي يقوم البنك بتزويده بها لاستخدام أدوات التحويل بمختلف أشكالها من شأنه أن يعفي البنك من المسؤولية، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن سحب البطاقة بعد ثلاث محاولات خاطئة لتركيب الرقم السري في الشبابيك الآلية إجراء ويهدف إلى حظر سحب النقود بواسطة حاملي البطاقات غير الشرعيين، ويسمح باستعادة البطاقة نفسها مما يقلل من مخاطر الإستعمال غير المشروع، وبالتالي فإنه من غير المقبول البحث هنا عن مسؤولية البنك الذي قام بسحب البطاقة، في حين أن الحامل نفسه هو مصدر هذا السلوك الخاطئ والذي على أثره تم حجز البطاقة وهذه القاعدة وضعت لصالحه.

والحقيقة أن التوجه الفقهي السابق لا يبحث في مسألة الإعفاء من المسؤولية بقدر ما يبحث في تحديد المسؤول، فالفرض فيما يتعلق بالإعفاء من المسؤولية أن مسؤولية البنك قائمة واستطاع العميل إثباتها، لكن البنك يحاول

خطأ البنك ودوره في إحداث الضرر، ولا يستغرق الفعل الصادر عن العميل خطأ البنك إلا إذا كان أشد جسامة منه[1].

ويصعب حصر الأفعال الصادرة عن العميل والتي تتصف بالجسامة في مقدار تأثيرها على إحداث الضرر، إلا أنه بالنظر لطبيعة العلاقة التي تجمع بين الطرفين فإنه يمكن استنتاج أن وصف الجسامة هذا من الممكن أن ينطبق على مجموعة من الحالات التي يخل فيها العميل بالالتزامات القانونية والعقدية الملقاة على كاهله بشكل قد يؤدي إلى استغراق الخطأ الصادر عن البنك[2]، فالفعل الصادر عن العميل والذي يعفي البنك من المسؤولية إما أن يكون سببا لحصول خطأ البنك (أولا) وإما أن يكون خطئا عمديا (ثانيا).

التخلص منها بإثبات صدور خطأ من العميل، هذا الخطأ يجب أن يكون جسيما ولا يكفي تذرع البنك بأن العميل لم يقم بإتباع التوجيهات التي قدمها له لاستعمال أداة التحويل، فهذه التوجيهات لا تعتبر ملزمة له، فمن الممكن أن لا يقوم العميل بإتباع تلك التوجيهات ومع ذلك لا يكيف فعله على أنه خطأ، وقد تنبه المشرع الفرنسي لهذه المسألة ونص في المادة (L133-23) من قانون النقد والمالية على أن إستخدام أداة التحويل وفقا للطريقة التي حددها مقدم خدمات الدفع لا يكفي للدلالة على وجود تصريح لإجراء عملية الدفع، ولا يكفي لإثبات وجود هذا التصريح، ومن باب أولى فإن عدم إتباع العميل لتلك التعليمات لا يكفي في حد ذاته لاعتباره خطئا موجبا للمسؤولية ومعفيا البنك منها، أنظر في ذلك :

- كيلاني عبد الرضى محمود : المسؤولية عن الإستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان ، م، س، ص20
- ضياء نعمان : المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني باستخدام البطاقة البنكية، م، س، ص 567 وما بعد

(1)- أما إذا إستغرق الخطأ الصادر عن البنك فعل العميل فإن البنك وحده هو الذي يتحمل المسؤولية كاملة، أنظر في نفس المعنى :

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 741 وما بعد
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية (الحلقة الثالثة)، م، س، ص 27 وما بعد
- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعلا الأشياء، م، س، ص326
- محمد الكشبور : حراسة الأشياء طبيعتها وآثارها، م، س، ص45
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، م، س، ص323

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد " وحيث إن محكمتي الموضوع انتهتا إلى أن حفظ المميز ضده لدفتر الشيكات داخل سيارته لا يشكل إهمالا وبالتالي إن المذكور لم يساهم بأي خطأ في فقدان الشيكين وما ترتب على تزويرهما من ضرر فان إلزام الجهة المميزة بقيمة الشيكين يكون متفقاً وأحكام القانون الأمر الذي يتعين معه رد الطعن من هذه الناحية"

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1998/1426 والصادر بتاريخ 17/02/1999 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية.

(2)- وما يلاحظ أن خطأ المضرور كسبب للإعفاء من المسؤولية يجد ميدانه الخصب فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية وبالخصوص المسؤولية عن حراسة الأشياء في إطار حوادث السير، ولهذا فإن معظم الفقه الذي ناقش خطأ المضرور قام بتحليله على هذا الأساس على إعتبار أنه يعتبر من الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء حارس الشيء من مسؤوليته، أو في إطار المسؤولية التقصيرية بشكل عام، أنظر :

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 740 وما بعد
- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعلا الأشياء، م، س، ص326 وما بعد
- محمد الكشبور : حراسة الأشياء طبيعتها وآثارها، م، س، ص43 وما بعد
- محمد الكشبور : طبيعة خطا وفعل المضرور وأثرهما على مسؤولية حارس الأشياء، مجلة الإشعاع عدد 16 سنة 1997 ص75

أولا : خطأ البنك كنتيجة لخطأ لعميل

إن الفرض في هذه الحالة أن يرتكب كل من البنك والعميل خطئا ساهم في إيقاع الضرر بهذا الأخير، لكن الخطأ الذي ارتكبه البنك كان نتيجة لخطأ العميل وبسببه، فلولا خطأ العميل ما صدر عن البنك الفعل الذي أدى إلى إحداث الضرر(1)، وفي هذه الحالة يستغرق خطأ العميل خطأ البنك ويتحمل بالتالي كامل المسؤولية عن الضرر الحاصل له ويعفى بموجب ذلك البنك من المسؤولية.

وقد يكون الفعل الصادر عن العميل ويعفي البنك من المسؤولية مشكلا لخطأ وفقا لمعناه في الميدان التعاقدي، فمن المعروف أن الخطأ في هذه الحالة ما هو إلا عدم تنفيذ إحدى الإلتزامات المتفق عليها كليا أو جزئيا، أو التأخير في تنفيذ تلك الإلتزامات أو تنفيذها بشكل معيب، ومعلوم أيضا أن معيار هذا الخطأ يتحدد بطبيعة الإلتزام فيما إذا كان التزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، فإذا كان الإلتزام إلتزاما ببذل عناية قام الخطأ عند عدم بذل العناية التي تحدد وفقا لمعيار الشخص المعتاد، أما إذا كان الإلتزام بتحقيق نتيجة فإن الخطأ يقوم بعدم تحقق تلك النتيجة، وينبغي أن يؤدي خطأ العميل إلى استحالة تنفيذ البنك لالتزامه بشكل مطلق أو أن يجعله أكثر إرهاقا(2).

وإذا لم يشكل فعل العميل خطئا وفقا لما سبق توضيحه ومع ذلك أدى إلى استحالة تنفيذ البنك لالتزامه، فإنه يجب على هذا الأخير حتى يستطيع التمسك بهذا الفعل كسبب للإعفاء من المسؤولية أن يثبت توفر هذا الفعل على الشروط المتطلبة في القوة القاهرة(3)، في كونه غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع لتنتفي بذلك مسؤوليته لوجود قوة قاهرة.

---

(1)- فإذا كان سبب خطأ المدعي عليه وهو البنك في حالتنا هذه نتيجة لخطأ المضرور أي العميل، فإن خطأ هذا الأخير يستغرق خطأ البنك ولا نقف بالتالي إلا عند خطأ العميل كسبب لإحداث الضرر الذي وقع، ولا تتحقق مسؤولية البنك لإنقطاع علاقة السببية بين خطأه والضرر الحاصل للعميل، أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 748
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية (الحلقة الثالثة)، م، س، ص 35

(2)- ويكون تقدير خطأ المضرور وفقا لمعيار الرجل المعتاد، وهو معيار ثابت يصلح بذاته لقياس كل تصرف بالنسبة إلى أي شخص يسند إليه هذا التصرف تحديدا، وما إذا كان وصف الخطأ ينطبق عليه أم لا وبالتالي فإن هذا المعيار لا يدخل في الحساب الظروف الذاتية للشخص الذي يجب تقدير تصرفه، وإنما ينطلق من سلوك الشخص العادي في تبصره وتيقظه واحترازه مقياس ذلك التصرف عليه، فإن لم يكن لهذا الشخص العادي أن يأتي مثل هذا التصرف كان التصرف ذاته خاطئا في تكييفه، ومن هذه الزاوية لا يكون المعيار متصلا تبعا لكل شخص كيفما تكون ظروفهم الخاصة ومؤهلاتهم وطريقة حكمهم على الأمور، أنظر في ذلك :

- سليمان مرقس :الوافي في شرح القانون المدني،في الفعل الضار والمسؤولية المدنية،المجلد الأول،مطبعة السلام، القاهرة، 1992، ص 260
- يوسف أحمد نعمة : دفع المسؤولية بخطأ المضرور، دراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1991، ص 25
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، م.س.ص323.
- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعلا الأشياء، م.س.ص326.

(3)- وفي هذا الإطار لا حاجة لتقدير سلوك العميل أو المضرور وإنما يتم تقدير سلوك البنك فيما إذا كان قادرا على توقع فعل العميل الذي يشكل قوة قاهرة أم لا، ومن ثم البحث عما إذا كان فعل العميل قد وصل إلى درجة تجعل أي شخص في وضع البنك يستطيع فيها تفادي الضرر أم لا، وما ينطبق في هذه الحالة على القوة القاهرة

ولعل أبرز الأمثلة على الخطأ الذي يرتكبه العميل ويكون سببا لخطأ البنك ولحدوث الضرر له، عدم القيام بالالتزام المفروض عليه بإخطار البنك في حالة سرقة أداة التحويل منه أو ضياعها، فإذا ما فقد العميل أداة التحويل أو تمت سرقتها منه ومن ثم قام الغير باستخدامها سواء بسحب الأموال أو بالأداء بواسطتها، فلا يمكنه مسائلة البنك عن قيامه بتنفيذ العمليات التي تمت بعد سرقة أداة التحويل أو فقدها طالما أنه لم يقم بتنفيذ التزامه بالإبلاغ عن تلك الوقائع، فلولا هذا الخطأ الذي ارتكبه العميل ما وقع خطأ من البنك، فكان خطأه سببا لخطأ البنك[1].

كما أن إهمال العميل في تنفيذ التزامه بالحفاظ على أداة التحويل الخاصة به بشكل يؤدي إلى وقوعها في يد الغير قد يشكل خطئا يستغرق خطأ البنك في تنفيذ عمليات تمت بشكل غير مشروع، وفي هذا الإطار قرر القضاء الفرنسي في كثير من الأحكام الصادرة عنه بتحميل العميل المسؤولية عن المبالغ المنفذة بواسطة بطاقته البنكية استنادا إلى أن خطأه في تدوين الرقم السري مع البطاقة بشكل واضح قد استغرق خطأ البنك[2].

لكن لا يكفي أن يقوم البنك بإثبات صدور خطأ من العميل على النحو السابق، سواء في حالة عدم القيام بإخطار البنك في حالة الضياع أو السرقة، أو عدم الحفاظ على أداة التحويل، بل يجب أن يكون هذا الخطأ أو الإهمال جسيما نوعا ما حتى يمكن القول أنه استغرق الخطأ الصادر عن البنك، وهو ما أكده المشرع الفرنسي في الفقرة الرابعة من المادة (L133-19) من قانون النقد والمالية والتي جاء فيها أن العميل لا يتحمل الخسائر الناتجة عن إستخدام أداة التحويل إلا إذا كان هناك إهمال جسيم لتنفيذ الإلتزامات الملقاة

ينطبق على فعل العميل في أن مسألة التوقع والدفع شديدة الارتباط بوضعية البنك، وينبغي الإعتماد على المعيار الموضوعي فكلما ثبت أن البنك كان بإمكانه أن يتوقع أو يدفع فعل المضرور إلا ووجب إعتباره مخطئـا مـع إعفاء هذا الأخير من كامل المسؤولية، أنظر في نفس المعنى:

– جلال علي العدوي : أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997، ص 466

– سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، م، س، ص 263

(1)– أنظر ما سبق تناوله في إطار الإلتزامات الملقاة على عاتق العميل في الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الأول، ص 93

(2)– ففي دعوى تتلخص وقائعها في أن أحد العملاء كان ضحية لعملية سرقة لحقيبة من يده، وعلى أثر السرقة تم تنفيذ عدة عمليات سحب للنقود بواسطة السارق وتم قيدها في الجانب المدين من حساب العميل الذي قام برفـع دعوى على البنك صدر بموجبها الحكم بتاريخ 24 أغسطس 1988 والذي جاء فيه "إن عمليات السحب لا يمكن أن تتم إلا بحيازة البطاقة ومعرفة الرقم السري المخصص لهذه العملية والذي يجب أن يبقى سرا على مسؤولية الحامل وأنه يتضح من وقائع الدعوى وأقول الأطراف أن إهمال العميل واضح لحفظها على ما يبدو ما يدل على الرقم السري مع البطاقة في حقيبة يده مما سمح للغير حائز البطاقة المسروقة بإستعمالها".

- Tr. De Havre 24 Oct.1988. Dalloz 1989 .P.63-64.

وقد جاء في قرار أخر "حيث إن صاحب الشأن قد إرتكب إهمالا في ترك بطاقة سحب النقود في سيارته، وسمح بذلك للسارق بالاطلاع على الرقم السري الذي يسمح بإستعمالها، وإذا كان خطأ أو إهمال الحامل في حفظ الرقم السري يؤدي إلى قيام مسؤوليته".

- Tr.Administ de Paris 13 Fev.1985.par Bertrand (A) et Ledech (Ph) : La partique du droit de cartes, Op.Cit P271

على عاتقه[1]، وذلك يعني أن خطأ أو إهمال العميل اليسر أو الذي لا يتخذ صفة الجسامة لا يعتبر سببا لإعفاء البنك من مسؤوليته لأنه لا يستغرق خطأ البنك.

ولعل هذا ما يمكن استنتاجه كذلك من المادة 28 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[2] والتي تطلبت أن يكون الخطأ الصادر عن العميل قد ساهم بصورة رئيسية في الضرر الواقع له، ولا يعني ذلك أن يكون خطأ العميل هو السبب الوحيد في الضرر، بل أن ينطوي هذا الخطأ على قدر من الجسامة بحيث يستغرق خطأ البنك نوعا ما.

ثانيا : خطأ العميل العمدي

في هذه الحالة يكون خطأ العميل قد وقع منه بشكل عمدي، وذلك بان تتجه إرادته إلى إحداث الضرر، فينتهز فرصة خطأ البنك البسيط لإتمام قصده، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية كلها على عاتق العميل مرتكب الخطأ العمدي، ويتم الوقوف على هذا الخطأ كسبب في إحداث الضرر، دون خطأ البنك غير العمدي حتى لو ساهم في إحداث الضرر، نظرا لكونه مجرد ظرف إستغله المخطئ عمدا لتنفيذ غرضه[3].

فعندما يقوم العميل بسلوك ما وهو مدرك الإنحراف فيه ويقصد تحقيق النتيجة من خلاله فقد إرتكب خطئا عمديا[4]، فالقصد أو النية السيئة من خلال إرتكاب فعل لا أحقية فيه أو الإخلال بواجب يحمل بذاته معنى الإنحراف المشكل للركن المادي لخطأ، فلا تكفي النية السيئة والتي تهدف إلى إيقاع الضرر لقيام الخطأ بالمعنى القانوني له، إذ لا بد من

(1)- وقد جاء بها النص كالآتي :

" Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées.....ou par négligence grave aux obligations mentionnées aux articles L. 133-16 et L. 133-17."

هذا مع العلم أن المادة (L133-16) تتحدث عن إلتزام العميل بالحفاظ على أداة التحويل الخاصة بـه، أمـا المـادة (L133-17) فهي تنظم إلتزام العميل بإخطار البنك عند فقده لأداة التحويل الخاصة به أو سرقتها.

(2)- وقد سبق الإشارة إلى هذه المادة في إطار الحديث عن التزامات البنك في الفرع الثاني من الفصل الأول مـن الباب الأول.

(3)- أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 742
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية (الحلقة الثالثة)، م، س، ص 29
- أنور سلطان : مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، الجامعة الأردنية، عمان، 1987 ص 340

(4)- ولتقدير سلوك مرتكب الخطأ العمدي يرى بعض الفقه أن هذا السلوك يتم قياسه وفقـا للمعيـار الموضـوعي المجرد الذي يتحدد بالرجل المعتاد، بينما يذهب توجه آخر إلى أنه يجب أن يتم قياس سـلوكه وفقـا للمعيـار الشخصي نظرا لأنه يجب على القاضي البحث في نية مرتكبه، وفي اتجاه ثالث يرى بعـض الفقـه أن الخطـأ العمدي يقدر تقديرا موضوعيا وشخصيا باعتبار انه يحتوي على عنصرين، أحدهما مادي وهو الإخلال بواجب قانوني ويتم تقديره وفقا للمعيار الموضوعي، والآخر نفسي وهو قصد الإضرار ويـتم تقـديره وفقـا للمعيـار الشخصي، أنظر :

- محمد حسين على الشامي : ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، م، س، ص 145 وما بعد
- سليمان مرقس : المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، م، س، ص 81 وما بعد
- حسين عامر وعبد الرحيم عامر : المسؤولية المدنية، م، س، ص 141 وما بعد

القيام بأعمال من شأنها تحقيق الركن المادي فيه وهو التصرف الذي يقوم به العميل[1]، والخطأ العمدي الصادر عن العميل يعتبر أشد جسامة من الخطأ المرتكب من قبل البنك، لهذا فإنه يستغرقه ويعفي هذا الأخير من المسؤولية.

وتتمثل أهم أشكال الخطأ العمدي الصادر من طرف العميل في الأفعال الإحتيالية والتدليسية التي يستخدمها لإيقاع أضرار بنفسه، وتكون الغاية منها تحميل البنك المسؤولية عن تلك الأضرار[2]، فقد يقوم بالإبلاغ عن فقده لأداة التحويل الخاصة به أو سرقتها بينما لا تزال تلك الأداة في حوزته، كما قد يحدث أن يقوم العميل بإعطاء أداة التحويل الخاصة به للغير أو يقوم بكشف البيانات الخاصة بها بشكل يؤدي إلى إستخدامها إستخداما غير مشروع[3]، فهذه الأفعال التي إرتكبها العميل هي التي يتم إعتبارها سببا لحدوث الضرر له.

فالخطأ الذي ارتكبه البنك من خلال تنفيذه لأوامر التحويل غير المشروعة وإن عد مساهما في حدوث الضرر، إلا أنه لا يمثل سوى ظرف استغله العميل لتحقيق غايته وهي الحصول على تعويض بشكل غير مشروع من البنك، لهذا فإن خطأ البنك لا يعتبر في هذه الحالة ولا يشكل السبب الرئيسي للضرر، وبطبيعة الحال فإنه يقع على عاتق البنك إقامة الحجة والبرهان على فعل العميل الذي استغرق خطئه، ولأن الأمر هنا يتعلق بإثبات وقائع مادية في غالب الأحوال، فبإمكان البنك أن يثبته بكافة وسائل الإثبات الممكنة[4].

وإعفاء البنك من المسؤولية في مثل هذه الحالات قد يتزامن مع إيقاع عقوبة جزائية على العميل إذا ما تم تكييف الفعل الصادر عنه على أنه يمثل إحدى الجرائم، فتحايل

---

(1)- وقد وجد من الفقه من يحاول مد صفة العمد إلى الخطأ الذي يأتيه فاعله ويستطيع توقع النتائج الضارة عن الفعل الذي يقدم عليه، حتى وإن لم يكن ينوي تحقيق تلك النتائج الضارة صراحة، لكنه بإقدامه على هذا الفعل فقد إرتضى تحقيق تلك النتائج، وقد سميت هذه الفكرة بنظرية التصور، أنظر في ذلك:
- حسام الدين كامل الأهواني : مصادر الإلتزام غير الإرادية، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، 1994 ص 87
- عبد الحكيم فودة : الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، م، س، ص 14

(2)- ويلاحظ أن المشرع الفرنسي أشار في العديد من النصوص القانونية المتعلقة بالتحويل الإلكتروني ضمن قانون النقد والمالية إلى إعفاء البنك من المسؤولية في الحالات التي يثبت فيها استخدام العميل لوسائل إحتيالية لإيقاع الضرر، وقد جاء في بعض المواد ما يلي:
- Art. L133-19 "Sauf agissement frauduleux de sa part, le payeur ne supporte aucune conséquence financière si le prestataire de services de paiement ne fournit pas de moyens appropriés permettant l'information aux fins de blocage de l'instrument de paiement prévue à l'article L. 133-17".
- Art. L133-19/ IV " Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait intentionnellement…"

(3)- أنظر في حالات الإستعمال غير المشروع لأدوات التحويل الإلكتروني للأموال :
- كيلاني عبد الرضى محمود: المسؤولية عن الإستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان، م، س
- جميل عبدا لباقي الصغير : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، م، س

(4)-- محمد الكشبور : حراسة الأشياء طبيعتها وآثارها، م، س، ص 45

العميل وإجبار البنك على تقديم مبالغ نقدية من غير الواجب عليها دفعها من خلال الإخطار الكاذب بفقد البطاقة أو تقديم وثائق ومستندات غير صحيحة تؤيد إدعاءاته الكاذبة قد يشكل وسائل إحتيالية تقوم بموجبها جريمة النصب، وهذا ما قرره القضاء الفرنسي في إحدى القرارات الصادرة عنه[1].

الفقرة الثانية: الخطأ المشترك بين البنك والعميل

قد يحدث أن يكون الخطأ صادرا من كلا طرفي العلاقة في عمليات التحويل الإلكتروني للأموال لكن دون أن يستغرق أحدهما الآخر ودون أن يكون نتيجة له، فلا يكون خطأ العميل جسيما بالشكل الذي يؤدي إلى إعفاء البنك من المسؤولية، لكنه ومع ذلك يكون قد ساهم مع خطأ البنك في إحداث الضرر، فيصبح للضرر سببان متميزان عن بعضهما البعض لولاهما لما وقع[2]، لكن القول بوجود سببين للضرر يستدعي تحديد أثر كل منهما في إيقاع الضرر، لهذا فإن تحديد الشخص المسؤول يقتضي وضع معايير للتفضيل بين مختلف الأسباب المحدثة للضرر.

وفي هذا الإطار ظهرت مجموعة من النظريات تهدف إلى البحث في العلاقة بين السبب والنتيجة في حالة تعدد الأسباب المحدثة للضرر، لتحديد المسؤول عنه، ومن بين هذه النظريات ما يعرف بنظرية تعادل الأسباب، ونظرية السبب المنتج، وتقوم نظرية تعادل الأسباب[3] على أن تعدد الأسباب التي أدت إلى إحداث الضرر يجعل من اللازم

---

(1)- حيث جاء في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية أن التوقيع على الفواتير يوضح بشكل قاطع بأن صاحب البطاقة هو الذي استعملها بعد أن أعلن عن فقدانه لها، ولهذا فإنه يعتبر سيء النية، فالإعلان الكاذب عن الفقد أو سرقة البطاقة ومن ثم استخدامها، وكذلك واقعة التوقيع المزور الموضوع على الفواتير الخاصة بالشراء أو بالوفاء بهدف حمل البنك على وفاء هذه الفواتير، فإن هذا يبرهن على إستعمال الحيلة والخديعة متجسد في طرق إحتيالية –لا في الكذب البسيط– تقوم بها جريمة النصب، أنظر في هذا القرار والتعليق عليه :

- Cour de Cass.crim 19 Juin 1986.,par Bertrand et Ledech : La partique du droit de cartes op.cit.P325

(2)- أنظر في نفس المعنى :

– عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 746

– عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية (الحلقة الثالثة)، م، س، ص 37

(3)- يعتبر (Stewart Mill) أول من وضع نقطة البداية في نظرية تعادل الأسباب حيث رأى بأن السبب ما هو إلا مجموع القوى التي ساهمت في أحداث الظاهرة، والسببية هي علاقة ضرورية بين السبب والأثر، والسبب ضروري لتحقيق الأثر، وقد نالت هذه النظرية تأييد الفقهاء خصوصا الأوائل منهم الذين بحثوا في علاقة السببية، واللذين ذهب بعضهم إلى أنه لولا الفعل الخاطئ لما وقع الضرر، ومن ثم فلا توجد علاقة سببية إن كان عدم حدوث الخطأ من شأنه أن يؤدي إلى عدم وقوع الضرر، كما يرى بعض أنصار هذه النظرية أن نظرية تعادل الأسباب تعد النظرية الصحيحة، لأن من الطبيعي أن كل الوقائع التي لها خصائص السبب تكون ضرورية لحدوث الضرر، وتخلف سبب منها يؤدي إلى عدم حدوث الضرر، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هذه النظرية تقوم على أساس قوي ويتفق مع التحليل الفلسفي ومع السمات الخاصة بالبحث القانوني، وللإطلاع حول مواقف الفقهاء المؤيدين للنظرية أنظر:

– عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 10 وما بعد

النظر إليها بشكل متساوي دون مفاضلة بينها، ولا يمكن بالتالي التفرقة بين الأسباب المختلفة بحسب أهميتها أو خطورتها في إحداث الضرر، فكل الأسباب متعادلة، لهذا فإن الضرر لن يحدث لولا جميع هذه الأسباب، بحيث أنه إذا ما ألغينا أحدهما لما وقع الضرر[1].

وتطبيقا لهذه النظرية يكون الخطأ الصادر عن العميل متكافئا مع الخطأ الصادر من البنك، فكلاهما كان نتيجته إحداث الضرر، ويتحمل كلاهما بشكل متساوي المسؤولية عن هذا الضرر، والحقيقة أن هذه النتيجة بعيدة كل البعد عن العدالة، فالخطأ الصادر عن العميل قد لا يكون بنفس درجة خطأ البنك من حيث الجسامة[2]، لهذا فإن هذه النظرية لا تتعامل بمنطقية في ربطها للضرر بكل الأسباب التي أنتجته، إذ أن بعض هذه الأسباب قد يكون تأثيره سلبيا في إحداث الضرر ولم يكن له دور كبير فيه، ومع ذلك تتم معاملته كبقية الأسباب الأخرى[3]، ولعل أبرز ما يمكن أخذه على نظرية تعادل الأسباب أنها قد

- عادل جبري محمد حبيب : المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 ، ص 288 وما بعد

(1)- أنظر في عرض هذه النظرية :
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 760 وما بعد
- أنور سلطان : مصادر الإلتزام في القانون الأردني، م، س، ص 334
- عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 10 وما بعد
- عادل جبري محمد حبيب : المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، م، س، ص 287 وما بعد

(2)- من مميزات هذه النظرية أنها تسهل مهمة الإثبات بالنسبة للشخص المضرور، فكل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر يجب الإعتداد بها، وبالإضافة إلى ذلك فإنها تساعد على إلتزام الأشخاص بأكبر قدر من الحرص والحذر، ومن ثم تقليل وقوع الأضرار لأن كل شخص يعرف أن أي مساهمة منه ولو ضئيلة في إحداث الضرر سيرتب مسؤوليته، إلا أن ما يؤخذ على هذه النظرية في أنها تعطي لمعنى السببية مفهوما واسعا مما سيؤدي إلى عدم إمكانية تحديد نطاق الضرر، الذي يجب أن يسأل عنه فاعل الخطأ، كما أنها تعبر غير منطقية في ربطها للنتيجة الضارة بكل المقومات المتصلة بها مهما كانت تلك الصلة وكيفما كانت، دون تفرقة بين مختلف الوقائع التي اشتركت في الحادث من حيث تأثيرها السببي الفعال، إذ كلها أسباب متساوية بحسب مفهوم هذه النظرية، أنظر في تقدير هذه النظرية:
- عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، م، س، ص 16 وما بعد
- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، م، س، ص 188 وما بعد
- عاطف النقيب: النظرية العامة في المسؤولية عن فعل الأشياء، م، س، ص 200 وما بعد
- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الأشياء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مكتبة وهبة، القاهرة ،1988 ص 135 وما بعد

(3)- ونتيجة للإنتقادات الموجهة لهذه النظرية حاول بعض أنصارها تعديلها فظهرت في خضم ذلك نظرية السبب القريب والتي مفادها أن أي سبب يعتبر فعالا في إحداث الضرر متى أدى في تتابع طبيعي ومستمر إلى إحداث النتيجة دون أن يقطعه تدخل سبب آخر فعال، ويرى أنصار هذه النظرية أن الأسباب ما هي إلا مجموعة من الظروف تتفاوت من حيث قوتها وأهميتها في ترتيب المسؤولية، ويجب وضع معيار للتفرقة بينهما، ذلك أن هذه الأسباب ليست متساوية، ويجب أن نفرق بين الأسباب بصفة عامة والأسباب بالمعنى الحقيقي، وإنه يجب الإعتماد على الأسباب الأخيرة فقط، والمعيار الذي يمكن الإعتماد عليه من أجل الوصول إلى السبب الحقيقي هو

تؤدي إلى تحميل العميل المسؤولية حتى لو قلنا أن أساس مسؤولية البنك هو الخطأ المفترض، فأي خطأ يصدر من العميل ولو كان تافها يعادل أخطاء البنك ولو كانت جسيمة.

وقد تفادت نظرية السبب المنتج[1] الإنتقادات الموجهة لفكرة تعادل الأسباب في أنها لم تتعامل مع جميع الأسباب المحدثة للضرر بنفس الطريقة، وإنما ميزت بين نوعين من الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر، فهناك الأسباب العارضة، والأسباب المنتجة، والأسباب العارضة هي الأسباب غير المألوفة والتي لا تحدث عادة ضرر، أما الأسباب المنتجة فهي الأسباب المألوفة والتي عادة ما تحدث ضررا أو تنطوي على إحتمال وقوعه[2].

وإذا ساهمت كل من الأسباب المنتجة والعارضة في إحداث الضرر بحيث لولاها لما وقع (وهذه هي السببية الطبيعية التي يتم بمقتضاها جمع العوامل المتصلة بالحادث دون تمييز بين ما يكون منها منتجا أو غير منتجا بذاته)، فإن الأسباب المنتجة وحدها هي التي يتم إعتبارها والوقوف عندها، أما الأسباب العارضة فلم تساهم بالضرر إلا نتيجة لاقترانها مصادفة بالأسباب المنتجة وهذا ما يطلق عليه السببية القانونية وهي التي تعتد بها نظرية السبب المنتج، فينصب الاهتمام الأسباب المنتجة من بين الأسباب الطبيعة المتعددة ليعتبر وحدة السبب المؤدي لوقوع الضرر[3].

معرفة الفترة بين حدوث السبب ووقوع النتيجة الضارة فإذا كانت بعيدة لا يعتد بهذا السبب، أما إذا كانت قريبة فتؤخذ بعين الإعتبار، وقد وجهت لهذه النظرية العديد من الإنتقادات من بينها أنها تقوم على أساس يتبع الظواهر في الوقت ولا تتضمن الفكرة الحقيقية للسبب، انظر في عرض هذه النظرية والإنتقادات الموجهة إليها :

- عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، م، س، ص 24 وما بعد
- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي: م، س، ص 188وما بعد

(1)- لقد ظهرت هذه النظرية في ألمانيا ويعتبر (Von Kries) من الفقهاء المؤسسين لها، حيث أدخل ما يعرف بفكرة الإمكانية الموضوعية داخل إطار السببية، فإذا كان هناك عدة أسباب قد ساهمت في إحداث الضرر فإنه من أجل الاختيار فيما بينهما لا يجب اللجوء إلى النتيجة المادية وإنما إلى نوع النتائج التي يمكن حدوثها، أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 761
- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي : م، س، ص 189

(2)- وإعتبار السبب منتجا للضرر لا يجري بمعزل عن الظروف السابقة له، التي هيأت السبيل إلى تحقيق ما أفضى إليه من نتيجة، إذ يعتبر السبب منتجا كلما كان من المألوف تحقيقه لتلك النتيجة في ضوء ما أحاط به من الظروف وفقا للمجرى العادي للأمور، ومعيار تحقق السببية المنتجة إنما هو معيار موضوعي ينظر إلى مدى إرتباط السبب بالنتيجة بحكم الواقع طبقا للمجرى العادي للأمور، أنظر:

- أنور سلطان : مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، م، س، ص 335
- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الأشياء، م، س، ص 139

(3)- أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 761
- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الأشياء، م، س، ص 136
- عادل جبري محمد حبيب : المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، م، س، ص 311

وهذه النتيجة تعتبر منطقية إلى حد ما ومتوافقة مع العدالة، ولهذا فإن هناك من الفقه[1] من يرى بأن نظرية السبب المنتج تقوم على أساس سليم وقوي، ذلك أنه من غير الممكن إعتبار جميع العوامل والظروف التي ساهمت في إحداث الضرر متساوية في قوتها السببية لإحداث النتيجة الضارة، ولهذا فإن السبب الذي ساهم في إحداث الضرر على نحو منتج وفعال هو الذي يمكن الإعتداد به.

وما يلاحظ أن التشريعين المغربي والأردني لم يأخذا صراحة بهذه النظرية أو تلك، إلا أنه يمكن القول أن التصور الذي جاءت به هذه النظرية ينسجم مع روح تلك التشريعات فالفصل 264 من قانون الإلتزمات والعقود تطلب أن يكون الضرر مباشرا، ولكي يكون كذلك ينبغي أن يكون نتيجة طبيعية وعادية للخطأ[2]، أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم يقم بوضع أحكام خاصة للسببية في المسؤولية العقدية، وإنما أشار إلى بعض أحكامها في إطار الفعل الضار[3]، ويمكن القول من خلال الإطلاع على المادة 266 أن

(1)- ذلك أنها قامت على أساس التمييز بين أسباب الضرر بحيث لا تختار منها إلا الأسباب الصالحة لإحداثه، أو التي يمكنها أن تجعله من الناحية الموضوعية ممكنا، لذلك فهي تعطي حرية شبه مطلقة في إختيار الأسباب المنتجة من عدمها، وفقا لظروف كل حالة على حدة دون تقييد القاضي بمعايير جامدة من قبيل اعتبار جميع الأسباب في مرتبة واحد، أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 762
- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الأشياء، م، س، ص 139
- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية (الحلقة الثانية)، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 19 سنة 1977 ص 35

(2)- وقد نصت المادة 264 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام..."، ويقول الأستاذ سعيد الدغيمر في هذا الإطار " إن عبارة " متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء" وإن كانت تعني في الأصل وجوب أن يكون الضرر مباشرا في حالة ما إذا كان السبب واحد والإضرار متسلسلة، فأنها تشير بكيفية ضمنية إلى وجوب أن يكون السبب منتجا"، أنظر في ذلك :

- سعيد الدغيمر: تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الدراسية 1981-1982ص 159

(3)- وفي إطار المسؤولية التقصيرية عموما فإن رابطة السببية تقوم على السبب المنتج للضرر، والضرر المنتج هو ما كان وقوعه لازما لإحداث الضرر وليس مجرد نتيجة لخطأ آخر، فإذا ما تعددت هذه الأخطاء اعتبرت أنها مستقلة متساندة، تتوزع المسؤولية عليها جميعا ولا ينفرد أحدها بتحمل الخطأ الأكبر وحده، ذلك أنه مهما كانت جسامة الخطأ الأشد فإنه لا يستغرق غيره من الأخطاء ما لم تكن كافية لإحداث النتيجة بالصورة التي تمت بها، مستغنيا بذلك عن مساهمة الأخطاء الأخرى، كما أن أحكام المسؤولية التقصيرية لا تفرق بين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، فطالما وجد خطأ إلا وكان صاحبه مسؤولا تجاه المضرور، وفي هذا الإطار نص الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود على أن " كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه لا بفعله فقط، ولكن بخطاه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر"، والسبب المباشر هو السبب المنتج، أنظر في هذا الصدد :

- عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية (الحلقة الثانية)، م، س، ص 35

المشرع الأردني أقرب إلى الأخذ بفكرة السبب المنتج(1).

ووفقا لهذه النظرية إذا ما صدر خطأ من العميل في حفظ أداة التحويل الخاصة، وآخر من البنك بقيامه بالوفاء بأمر تحويل غير شرعي، دون أن يصل كلا الخطأين إلى درجة من الجسامة بحيث يستغرق أحدهما الآخر، فإن كلاهما يعتبر سببا مألوفا لإحداث الضرر، وبالتالي يكون سببا منتجا يرتب مسؤولية صاحبه، ونكون والحالة هذه أمام خطأ مشترك يرتب توزيع المسؤولية بين الطرفين كل بحسب نسبة إحداثه للضرر، فيتحمل كل منهما جزء من المسؤولية يتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه ويعفي البنك من نفس النسبة من المسؤولية، لكن يطرح التساؤل حول المعيار المعتمد لتوزيع المسؤولية في حالة تعدد المسئولين؟

لا شك أن فكرة توزيع المسؤولية ليست بغريبة على القوانين المدنية عموما، فقد قام كل من المشرعين المغربي والأردني بالإشارة إلى الحالات التي يتعدد فيها المسؤولون، وقاما كذلك بوضع معايير لكيفية توزيع المسؤولية، ومن خلال الإطلاع على مختلف النصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة يتضح أن توزيع المسؤولية يتم بطريقتين أحدهما أصلية والثانية إستثنائية، فالأصل في توزيع المسؤولية أن يتم بحسب نسبة مساهمة كل مسؤول في إحداث الضرر، ويكون ذلك من خلال المقارنة بين مختلف الأخطاء وتقسيمها بحسب مقدار جسامتها، وإذا ما تعذر على القاضي فعل ذلك فإنه يلجأ إلى توزيع المسؤولية بحسب عدد الرؤوس.

وفي هذا الصدد نص الفصل 100 من قانون الإلتزامات والعقود على أنه "يطبق الحكم المقرر في الفصل 99، إذا تعدد المسئولون عن الضرر وتعذر تحديد فاعله

(1)- وقد نصت المادة 266 من القانون المدني الأردني على أنه " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"، حيث أن كون الفعل نتيجة طبيعية للضرر يقتضي أن يكون هو الذي أحدثه مباشرة وممكنا من الناحية الموضوعية وهو ما يتوافق مع فكرة السبب المنتج، أنظر في ذلك :

- عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر : شرح القانون المدني، م، س، ص 455

غير أن البعض يستخلص من المادة 265 من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه "إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسئولا بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم"، أن المشرع الأردني يأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب في الحالة التي تتعدد فيها الأسباب المحدثة للضرر، ونحن في لا نتفق مع هذا التوجه إذ أن المشرع نص في المادة السابقة على أنه " كان كل منهم مسؤولا بنسبة نصيبه..."، وهو ما يعني أن حدود المسؤولية تختلف باختلاف نسبة مساهمة المسؤول في إحداث الضرر، وهو ما يعني أن مختلف الأسباب ليست متساوية أو مكافئة إذ إنها تختلف في الجسامة وفي درجة إحداثها للضرر وهو ما لا يتفق مع نظرية تكافؤ الأسباب والتي تعتد بجميع الأسباب بشكل متساوي، أنظر في الرأي السابق :

- حازم نعيم الصمادي: المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار الناجمة عن استعمال الوسائل الإلكترونية، م، س، ص 124

الأصلي، من بينهم، أو تعذر تحديد النسبة التي ساهموا بها في الضرر"[1]، فالقاضي وفقا لهذا الفصل يقوم بتوزيع المسؤولية حسب نسبة مساهمة كل مسؤول في إحداث الضرر[2]، وذلك يشمل بطبيعة الحال المضرور إذا ما ساهم بدوره في إحداثه، وإذا لم يستطع القاضي تحديد نسبة خطأ كل من الطرفين[3] أو الخطأ الأكثر جسامة من الآخر فإنه يلجأ في هذه الحالة إلى توزيع المسؤولية بحسب عدد الرؤوس أو بالتساوي بين المسئولين ومنهم المضرور نفسه، وهو نفس ما نص عليه المشرع الأردني في المادة 265 من القانون المدني.

وقد أفرد المشرع الأردني للخطأ المشترك بين المضرور والمدعي عليه نصا خاصا فقضى في المادة 264 من القانون المدني على أنه " يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه"، والحقيقة أن هذا النص أشار إلى معظم الحالات التي يمكن تصورها في حالة وجود الخطأ المشترك بين المضرور والمدعي عليه، والجواز في هذا النص يعني أن

(1)- وقد نص الفصل 99 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه " إذا وقع الضرر من أشخاص متعددين عملوا متواطئين، كان كل منهم مسؤولا بالتضامن عن النتائج، دون تمييز بين من كان منهم محرضا أو شريكا أو فاعلا اصليا"

(2)- وقد جاء في هذا الصدد في حكم صادر عن ابتدائية مراكش " وحيث انه بعد موازنة وتقدير أخطاء الجانبين، وبما توفر لدى المحكمة من عناصر التقدير، ترى توزيع المسؤولية بينهما، وتحميل الحارسة القانونية للسيارة المرتكب بها الحادث ربع 1/4 المسؤولية، وإبقاء ثلاثة أرباع 3/4 على المدعي"، كما جاء في قرار آخر صادر عن ابتدائية الدار البيضاء " وحيث إن المحكمة برجوعها إلى وثائق الملف وخاصة محضر الضابطة القضائية ومن خلاله تصريحات الأطراف والرسم البياني المرفق به تبين لها أن السبب في وقوع الحادثة يعود أساسا سائق الدراجة النارية الذي لم يحترم حق الأسبقية يمينا المخول لسائق السيارة الذي كان بدوره يسير بسرعة لم يستطع معها التحكم في مركوبه على اعتبار أن حق الأسبقية ليس حقا مطلقا ما ساهم في ارتكاب الحادثة الشيء الذي ارتأت معه المحكمة توزيع المسؤولية بتحميل الدراجي ثلثيها وترك الثلث على سائق السيارة"

- المحكمة الابتدائية مراكش حكم عدد 2403 والصادر بتاريخ 08 /06/ 2006 (غير منشور)
- المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء صادر في ملف عدد 2009/23/930 بتاريخ 2009/06/11 (غير منشور)

(3)- وقد جاء في حكم صادر عن إبتدائية مراكش في هذا الصدد " حيث انه بالرجوع لمحضر الضابطة القضائية والرسم البياني المرفق به، تبين أن الحادثة وقعت عندما كان الطرفان يسيران في نفس الاتجاه، واثر انطلاقهما في السير بعد الإشارة الضوئية احتكت الضحية بالشاحنة، ولا يوجد بالملف أية إشارة تحدد مدى جسامة أخطاء هذا الطرف أو ذاك و مما لا يسع معه المحكمة إلا توزيع المسؤولية بينهما مناصفة"، كما جاء في حكم آخر لنفس المحكمة " حيث انه بالرجوع لمحضر الضابطة القضائية وانعدام أية معطيات تمكن المحكمة من الوقوف على أخطاء كل طرف، ومدى جسامها قياسا وأخطاء الطرف الآخر، أو انعدام خطأ واحد منهما، وأمام انعدام أي رسم بياني لمكان الحادث ، وللعلامات الموجودة به، لا يسع المحكمة إلا توزيع المسؤولية بين الطرفين مناصفة "

- المحكمة الإبتدائية بمراكش حكم عدد 827 والصادر بتاريخ 2007/07/03 (غير منشور)
- المحكمة الإبتدائية بمراكش حكم عدد 399 والصادر بتاريخ 2007/03/22 (غير منشور)

للقاضي ألا ينقص من التعويض شيئا إذا استغرق خطأ المدعي عليه خطأ المضرور كما أن القاضي يستطيع ألا يحكم بالتعويض إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المدعي عليه[1].

بينما نجد أنه –النص السابق – يعطي للقاضي إمكانية توزيع المسؤولية بين المضرور والمدعي عليه لا على أساس الرؤوس أو بالتساوي، وإنما على أساس مقدار جسامة الخطأ الذي صدر عن الطرفين، ففي حالة كون الخطأين غير متكافئين أو متساويين في إحداث الضرر، يتم الإعتماد على المعيار الشخصي الذي يحدد نسبة كل من البنك والعميل في إحداث الضرر وفقا لجسامة الخطأ المرتكب[2]، ويتم المقارنة بين مختلف الأخطاء و الأسباب المنتجة في إحداث الضرر من حيث جسامة كل منهما.

وهذه القواعد كما يتم تطبيقها في إطار المسؤولية التقصيرية، فإنها تطبق كذلك داخل الإطار التعاقدي[3]، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية "...ولذا فإن البنك المدعي يتحمل جزءاً من المسؤولية لعدم تحققه من صحة التواقيع الموجودة على الشيكين موضوع الدعوى، وحيث إن الساحب اعتبر مخطئاً لعدم محافظته على دفتر الشيكات المسلم إليه من قبل المسحوب عليه بما ينبغي من العناية ولذا فإن يتحمل جزءاً من المسؤولية عن صرف الشيكين المزورين، وحيث انه إذا ثبت أن خطأ البنك ساهم مع خطأ العميل في وفاء الشيك المزور، فإن كل منهما يتحمل جزء من النتيجة الضارة التي وقعت، أي المبلغ الذي دفعه البنك للمتقدم بالشيك، ويكون توزيع الضرر عليهما بنسبة جسامة الخطأ الذي وقع من كل منهما والذي ساهم في إحداث الضرر..."[4]

---

(1)– ولا يوجد ما يقابل هذا النص في قانون الإلتزامات والعقود المغربي، على خلاف القانون المدني المصري والذي نص في المادة 216 من على أنه "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو ألا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"، انظر في شرح وتحليل هذا الفصل :

– عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 747 وما بعد

(2)– وفي مقابل المعيار الشخصي يوجد المعيار الموضوعي والذي يتم بموجبه توزيع المسؤولية بالتساوي، يراجع:

– يوسف أحمد نعمة : دفع المسؤولية بخطأ المضرور، م، س، ص 116 وما بعد

(3)– ويقول الأستاذ عبد العزيز توفيق في هذا الشأن " قد يرتكب المدعى عليه خطا ويرتكب الغير خطـا دون إن يستغرق احدهما الآخر فنكون في حالة تعدد المسئولين، بمعنى أن كل واحد منهما أو منهم يعد مسؤولا عن جزء من التعويض عن الضرر اللاحق بالمدعي، حسب جسامة أو بساطة الخطأ الذي ارتكبه اتجاه المضرور، ولا فرق في ذلك سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية، وسواء كان الخطأ واجب الإثبات أو مفترضا تجاههما معا أو تجاه احدهما دون الآخر"، أنظر :

– عبد العزيز توفيق : المسؤولية المدنية (الحلقة الرابعة)، م، س، ص 26

(4)– قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية عدد 2003/3194 بتاريخ 20/01/2004 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

وفي قرار آخر صادر قررت محكمة التمييز الأردنية أن " إذا نهض الخبير بالمهمة الموكولة حسب ما أفهمت له وجاء تقريره واضحا لا لبس أو غموض ومستوفياً لجميع الشروط التي تتطلبها المادة 83 من قانون أصول المحاكمات المدنية وأنه لا يوجد أي مطعن قانوني محدد يمس صحة الخبرة وإجراءاتها، وقد بيّن الخبير في تقريره بعد إطلاعه على أوراق الدعوى نسبة مساهمة كلاً من المدعية والبنك المسحوب عليه بالخطأ حيث حدد نسبة مساهمة الجهة المدعية بالخطأ 60% نتيجة عدم المحافظة على دفتر الشيكات وتركها المكاتب والجوارير مفتوحة وعدم إبلاغ البنك عن السرقة في الوقت المناسب والمعقول، وحدد نسبة مساهمة البنك المسحوب عليه

والقاعدة التي قامت محكمة التمييز الأردنية بتوضيحها في القرار السابق بخصوص حالة الشيك المزور تنطبق كذلك على الحالة التي يقع فيها الضرر للعميل نتيجة إستخدام أداة التحويل الإلكتروني للأموال، فبمقتضى المادة 28 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني يتطلب إعفاء البنك من المسؤولية أن يثبت بأن فعل العميل قد ساهم بصورة رئيسية في إحداث الضرر الواقع له إذا ما قام البنك بالواجبات المفروضة عليه، بما معناه أن المحكمة تقوم بالموازنة بين الأخطاء الصادرة عن العميل والبنك وإذا رأت أن خطأ العميل لا يصل إلى درجة يستغرق بها خطأ البنك قام بتوزيع المسؤولية بينهما بحسب نسبة خطأ كل منهما، وهو لا يكون كذلك إلا إذا ساهم في إحداث الضرر، لكن إذا كانت مساهمته رئيسية بحيث يستغرق خطأ البنك فإن العميل وحده يتحمل المسؤولية.

ومن خلال ما سبق يتضح أن خطأ المضرور يمثل السبب الأهم – إن لم يكن الوحيد– لإعفاء البنك من المسؤولية الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، سواء كان هذا الإعفاء إعفاءا كليا إذا ما استغرق خطأ العميل خطأ البنك، وذلك في الحالة التي يكون فيها خطأ البنك ناتجا عن خطأ العميل، أو أن يصدر من هذا الأخير خطأ عمدي، وإما بشكل جزئي في حالة الخطأ المشترك الذي لا يستغرق أحدهما الآخر، وهذه القواعد تنطبق في إطار المسؤولية الخطئية كما تنطبق إذا ما كان أساسها هو المخاطر أو تحمل التبعة، ونحن نرى أن مثل هذا التصور يوفر حماية للعميل، وفي نفس الوقت يحقق نوعا من العدالة والتوازن بين طرفي العلاقة، لكن على الرغم من ذلك فإن البنوك تسعى إلى توفير حماية أكبر لنفسها من خلال شروط تحديد المسؤولية.

المبحث الثاني

الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية

تقوم فكرة الإلتزام المدني على وجوب تنفيذ الشخص لما التزم به، فإذا أخل بذلك وجب عليه تعويض الطرف الآخر عن الضرر الحاصل له الناتج عن عدم التنفيذ، وإذا نشأت المسؤولية فلا سبيل لاستبعادها إلا بواسطة إتفاق يعد في حقيقة الأمر صلحا يتم عقده بين الأطراف، أو من خلال ما نص عليه القانون من وسائل للإعفاء من المسؤولية.

بالخطأ 40 %نتيجة عدم بذل العناية اللازمة وعدم التحقق وتدقيق الإمضاء على نماذج الإمضاء وعدم وجود شاشة كمبيوتر تظهر التواقيع الصحيحة وعدم التحقق من هوية الشخص الذي عرض الشيكات عليه. وبالتالي فإن قيام الخبير في تقريره بتوزيع الضرر بمقدار مساهمة كلاً من المدعي والمدعى عليه بالخطأ ليس فيه ما يخالف القانون، وأن البنك لا يتحمل سوى قيمة الشيكين اللذين تم عرضهما عليه للصرف ولا يجوز أن يحاكم بأكثر من قيم الشيكين وبحدود نسبة الخطأ وهو 40% وعليه فإن اعتماد محكمة الاستئناف تقرير الخبرة لبناء حكم سليم "

– قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2006/3514 والصادر بتاريخ 13/02/2007 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية.

وبما أن المبدأ السائد هو الحرية التعاقدية فإن البنك عادة ما يستغل المركز القانوني القوي له في مواجهة العميل ويفرض عليه شروطا تعدل من أحكام المسؤولية[1]، إما بإعفاء نفسه منها على الرغم قيام جميع عناصرها وبالتالي لا يترتب عليه أي تعويض (المطلب الأول)، وإما بتحديد مضمون العقد بشكل يخفف من إلتزاماته فيتضاءل أثر المسؤولية في مواجهته على حساب العميل (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط الإعفاء من المسؤولية

يقصد بشرط الإعفاء من المسؤولية ذاك الإتفاق الذي يهدف إلى رفع المسؤولية كلية عن مرتكب الفعل الضار، ومنع المطالبة بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة[2]، وفي ظل وجود هذا الشرط يكون الشخص ملتزما بمقتضى العقد، لكنه لا يكون مسؤولا أمام الدائن عن عدم الوفاء بالإلتزام ولا يتسنى من ثم لهذا الأخير أن يطالبه بالتعويض عن إخلاله بالتزامه، وهنا يطرح التساؤل حول مدى صحة هذه الشروط وفقا للقواعد العامة

---

(1)- والإتفاقات المتعلقة بالمسؤولية العقدية متعددة ومختلفة الأنواع والآثار، فهناك شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية والتي سنقوم ببحثها لاحقا، وهناك شروط تحديد المسؤولية العقدية والتي لن نتطرق لها، وهذه الأخيرة تشمل كل من اتفاقات التخفيف من المسؤولية والتعويض الإتفاقي، واتفاقات التخفيف من المسؤولية قد تكون من خلال تحديد تعويض أقل من التعويض الذي يحصل عليه الشخص نتيجة لقيام المسؤولية، أو إتفاقات الإنقاص من مدة التقادم، أما التعويض الإتفاقي فهو يتعلق بالحالة التي يتفق فيها الطرفان على قيمة التعويض الجزافي الذي يستحق أحد الأطراف عند إخلال الطرف الآخر بالتزامه، أنظر:

- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي والمقارن، دار الأمنية، الرباط 2004 ص 6 وما بعد
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 10 وما بعد

(2)- سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 636

وقد عرفه البعض الأخر من الفقه على أنه " إتفاق يقصد به تعديل آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد"، بينما عرفه البعض الآخر من الفقه "هي الإتفاقات التي يتنازل بموجبها أحد طرفيها عن حقه في التعويض في مواجهة الطرف الآخر عما أصابه من ضرر، حيث يكون هذا الأخير ملتزما بالتعويض في مواجهته"، أنظر في هذه التعريفات :

- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 10
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي والمقارن، م، س، ص 6

ولا شك أن هناك تشابه بين شرط الإعفاء من المسؤولية والتأمين على المسؤولية في أنه في كل منهما لا يقوم المسؤول بدفع تعويض للشخص المضرور، إلا أن وجه الإختلاف بينهما يكمن في أن شركة التأمين هي التي تقوم بدفع التعويض في التأمين على المسؤولية بحيث أن هذا التأمين يهدف إلى تأكيد المسؤولية لا إلى نفيها كما هو الحال بالنسبة لشروط الإعفاء من المسؤولية، أنظر في ذلك :

- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، م، س ص 651 وما بعد
- أحمد مفلح عبد الله خوالده : شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، السنة الجامعية 2006-2007 ص 80 وما بعد

في التعاقد (الفقرة الأولى)، ثم ما هي القيود التي ترد على إمكانية تضمينها في العقد وحدودها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مدى صحة شروط الإعفاء من المسؤولية

من الدارج القول بصحة الإتفاقات المعفية من المسؤولية فيجوز للمتعاقدين الإتفاق على تعديل المسؤولية العقدية نظرا لأن هذه الأخيرة ما هي إلا إخلال بالتزام ناشئ عن العقد، ولما كان العقد وليد الإرادة، فإن لهذه الإرادة الحرية في التعديل من أحكام المسؤولية[1]، لكن بسبب خطورة النتائج المترتبة عن مثل هذه الإتفاقات في كونها تمكن الشخص من الإخلال بالتزامه العقدي دون أن يتحمل أي مسؤولية فقد وجد تيار فقهي يرفض الإعتراف بصحتها[2].

فهذه الشروط تعطي للمدين سلطة تقدير واسعة وغير مقيدة بين أن يقوم بتنفيذ التزامه أو لا يقوم بذلك، ويصبح تنفيذ الإلتزام اختياريا بمحض إرادة المدين، مما قد يؤدي إلى إهماله في التنفيذ مستندا إلى مبررات متعددة ومطمئنا إلى عدم مسؤوليته، والحقيقة أن الشخص إما أن يكون ملتزما فتقوم مسؤوليته عند عدم وفاءه بالتزامه، وإما أن يكون غير ملتزم فلا مسؤولية عليه، والشروط المعفية من المسؤولية تجعل الشخص في مرتبة وسط، فهو ملتزم ولكنه غير مسؤول في نفس الوقت[3]، وهو ما يتنافى مع الغاية من التعاقد، بل أن هناك من الفقه[4] من يذهب أبعد من ذلك ويعتبر أن الشروط المعفية من المسؤولية

---

(1)- ويشير بعض الفقه إلى أن من النتائج الضارة لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية من الناحية الإجتماعية أنها تؤدي إلى تشجيع التراخي في تنفيذ الإلتزامات وعدم الإكتراث بحقوق الغير، على نحو يؤدي إلى إلحاق خسائر بالأموال، ويزعزع الثقة في الروابط العقدية، فالشخص يكون أقل حرصا على الوفاء بالتزاماته قبل الدائن، وأقل احتراما لحقوق غيره متى استشعر عدم المسؤولية عن الإخلال بتلك الإلتزامات أو الاعتداء على هذه الحقوق، أنظر في ذلك :

- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 43

(2)- أنظر في هذا التوجه الفقهي والحجج التي ساقها :

- حسام الدين الأهواني : النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص 651 وما بعد
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س، ص 27 وما بعد
- ياسين محمد يحيى : اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والمصري،دار النهضة العربية،القاهرة، 1992،ص 56

(3)- أنظر في ذلك :

- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، م، س، ص 42
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س، ص 6

(4)- وقد هجر هذا التوجه منذ زمن بعيد، لاستناده على حجة واهنة، فلا يمكن أن تحول فكرة النظام العام بين صحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، مهما كانت ضآلة الخطأ الذي ينسب إلى المدين وأيا كان نوع الضرر الذي أصاب الدائن، وهذه الحجة ناتجة عن فهم خاطئ لآثار هذه الإتفاقات عندما يعتقد بأنها تسمح للمدين أن يتصرف بسوء نية، والحقيقة أن هذه الإتفاقات تجعل المدين يحرص على التنفيذ بحذر وعناية والأمر أنها تسمح له بالتخلص من المسؤولية كلما كان الضرر ناتج عن فعل غير عمدي منه، أنظر في ذلك :

- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، م، س، ص 52
- أحمد مفلح عبد الله خوالده : شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، م، س، ص 40

مخالفة للنظام العام وتهدم فكرة المسؤولية العقدية، ذلك أن هذه الأخيرة نظام قانوني محدد تشريعيا حدد لها المشرع جزاءا وهو التعويض.

وفي المقابل دافع توجه آخر في الفقه[1] عن حق المتعاقدين في تضمين عقودهم شروطا للإعفاء من المسؤولية على إعتبار أنها لا تتنافى بشكل نهائي مع الغاية من التعاقد كما يرى التوجه السابق، ذلك أن هذه الشروط تنصب على المسؤولية المترتبة عن الإلتزام وليس على الإلتزام نفسه، والفرق بين الأمرين دقيق، وهذا الشرط يتيح للمدين أن يكون في منأى عن المسؤولية في حالة اقترافه خطأ غير عمدي، أما إذا أهمل تنفيذه بشكل عمدي أو بما يمكن إعتباره خطئا جسيما فإنه يبقى مسؤولا أمام الدائن ولا يترتب على شرط الإعفاء أي أثر قانوني.

ولعل أهم ما يرتكز عليه القائلون بجواز تضمين العقود شروطا للإعفاء من المسؤولية[2] هو القواعد العامة في التعاقد التي تقوم على الأفكار المستنبطة من مبدأ سلطان الإرادة والذي يجعل من العقد شريعة المتعاقدين، فيجوز للمدين أن يتخلص مقدما بمقتضى بند في العقد من المسؤولية المترتبة عن إخلاله بالتزاماته الناشئة عنه في إطار الحدود التي تتوافق مع المبادئ العامة للتعاقد.

أما من الناحية القانونية فلا بد من الإشارة بداية إلى أن التشريعين المغربي والأردني لم يقوما بالنص صراحة على إمكانية وضع شروط لإعفاء من المسؤولية على خلاف ما فعل المشرع المصري[3]، والحقيقة أن مدى قدرة المتعاقدين على تضمين عقودهم هذه الشروط نجدها أوضح في التشريع المغربي مما هي عليه في التشريع الأردني، فالمشرع المغربي منع أي شخص من أن يشترط مقدما عدم مسؤوليته عن غشه أو خطأه الجسيم وذلك في الفصل 232 من قانون الإلتزامات والعقود[4]، وبمفهوم المخالفة يتضح جواز مثل هذه الشروط في غير الحالات المحظورة في تلك المادة، أما بالنسبة للمشرع الأردني

- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س، ص 31

(1)- أنظر في ذلك :
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 52
- أنور سلطان : مصادر الإلتزام، م، س، ص 359
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س، ص 26

(2)- أنظر في ذلك على سبيل المثال :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 550
- محمود جمال دين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 53
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س،ص 101
- حسام الدين الأهواني : النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص 316

(3)- فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 217 من القانون المدني المصري على أنه " وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه العقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم..."

(4)- وقد نص الفصل 232 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه " لا يجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم وتدليسه"

فلم يتطرق إلى الشروط المعفية من المسؤولية، ولهذا فإن استنتاج صحة هذه الشروط يتم بالنظر للقواعد العامة[1]، ويمكن الاستئناس في ذلك بما جاء في المادة 358 من القانون المدني والتي أكدت في الفقرة الأولى منها على حق أطراف العقد تعديل الإلتزامات الواردة في العقد[2].

والمادة السابقة تظهر الترابط بين فكرتي الإعفاء من الإلتزام والإعفاء من المسؤولية، فتشير إلى أن المدين يكون قد وفى بالتزامه إذا ما بذل عناية الرجل المعتاد مع إعطائها له الحق في إبرام إتفاق مع الدائن يحدد بموجبه التزامه في بذل عناية أقل مما يبذله الرجل المعتاد، إلا أن ذلك لا يجب أن يكون له أي أثر على مسؤولية المدين الناتجة عن غشه أو خطأه الجسيم، بما معناه أن مسؤولية المدين غير الناتجة عن الخطأ الجسيم أو الغش يمكن أن تكون محل تعديل بواسطة الإتفاق الذي يعدل من الإلتزام نفسه.

ونشير كذلك إلى أن المشرع المغربي لم يكتفي بالإشارة إلى شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، وإنما أجاز كذلك الإعفاء من المسؤولية العقدية الناتجة عن فعل الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ التزاماته، وذلك في المادة 233 من قانون الإلتزامات والعقود[3]، حيث أشار إلى أن الشخص يسأل عن فعل هؤلاء في نفس

---

(1)- وقد حاول بعض الشراح استنتاج شرعية الشروط المعفية من المسؤولية بالاعتماد على نص المادة 364 من القانون المدني الأردني والتي تعالج الشرط الجزائي، والحقيقة أن هذا السند في غير محله إذ أن هناك اختلاف كبير بين نظام الشرط الجزائي والإعفاء من المسؤولية، فالشرط الجزائي يهدف إلى حث المدين على تنفيذ التزامه بتوقيع الجزاء عليه في حالة تقاعسه، أما شرط الإعفاء من المسؤولية فيهدف إلى استبعاد مسؤولية المدين في حالة إخلاله بالتزامه، أنظر في ذلك :

- أنور سلطان : مصادر الإلتزام، م، س، ص 359
- أحمد مفلح عبد الله خوالده : شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، م، س، ص 43

(2)- وقد نصت المادة 358 من القانون المدني الأردني على أنه " 1- إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك . 2-وفي كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"، ونشير كذلك إلى أن المادة 213 من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه " الأصل في العقد رضا المتعاقدين، وما التزماه في العقد"، تضع أساسا واضحا لصحة ما ورد في العقد من شروط والتزامات.

(3)-وقد سبق وأشرنا إلى أن هذه المادة تتعلق بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير، والغير في هذا الصدد هو كل من لم يكن طرف العقد الذي يجمع بين البنك والعميل، ولا يعتبر مستخدمي البنك من قبيل الغير في هذا الإطار بل يمثلون البنك في مواجهة العميل.

ولم يقم المشرع الأردني بتنظيم هذه الحالة، ونشير في هذا الصدد إلى أن المشرع المصري قام بتنظيم المسؤولية العقدية عن فعل الغير وسمح للمدين بأن يقوم بإعفاء نفسه من المسؤولية الناتجة عن ذلك حتى ولو كان فعل الغير يشكل غشا أو خطئا جسيما وذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة والتي جاء فيها "....ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه"، وهو ما انتقده بعض الفقه، وقد تفادى المشرع المغربي هذه الإنتقادات بنصه على أن الإعفاء من المسؤولية يكون في حدود الأخطاء اليسيرة مكرسا بذلك التناسق مع القواعد العامة، وقد أحسن المشرع المغربي صنعا بذلك مما يدفع المؤسسات وغيرها من المدينين إلى تشديد الرقابة على تابعيهم وأجرائهم، حتى تتلافى التراخي والإهمال في تقديم الخدمات وتنفيذ الإلتزامات، لكون هذه المؤسسات مسؤولة عن فعلهم بمقدار مسؤوليتها عن

الحدود التي يسأل فيها عن فعله الشخصي، بمعنى أنه يجوز له أن يشترط عدم مسؤوليته على أن لا يتعدى ذلك أخطائهم اليسيرة، ويترتب على شرط الإعفاء من المسؤولية أن يعفى المدين أو معاونوه من المسؤولية بالمقدار الذي يحدده الشرط(1).

وإذا كانت فكرة سلطان الإرادة والحرية التعاقدية تشكل المبرر الحقيقي للشروط المعفية من المسؤولية فإن الواقع الذي أفرزته التطورات الإقتصادية والتكنولوجية والإجتماعية أظهرت أن المساواة التي تفترضها الأفكار الليبرالية التي تعبر عن مبدأ سلطان الإرادة ليست سوى أمر نظري، فكثير من العقود المبرمة في وقتنا الحالي تفتقر إلى تلك المساواة بين طرفيها، مما يجعل أحد أطرافها يرتضيها دون حتى الإطلاع عليها، أو أن يكون مضطرا إلى قبولها كما هي، فهو إن أراد التعاقد مع شخص آخر سيجد أن الشروط نفسها تتكرر، وسيكون إحجامه عن التعاقد إضرارا بنفسه.

وتمثل العلاقة بين البنك والعميل بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني إحدى هذه العقود التي يختل فيها التوازن بين طرفيها، لهذا فقد قامت التشريعات التي نظمت هذه العمليات بإخراجها من نطاق القواعد العامة وأوجدت قواعد آمرة تحدد

فعلها الشخصي، فمتى سمحنا للمدين بالتخلص من المسؤولية عن الأضرار التي يحدثها مساعدوه فسوف نخرق القواعد العامة، فالفصل 232 يمنع على المدين تضمين شرط يعفي بمقتضاه نفسه من المسؤولية عن خطأه الجسيم والغش، مما يفتح أمامه بابا واسعا للتنصل من المسؤولية بحيث يعهد إلى أشخاص آخرين لتنفيذ التزاماته الشخصية، أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 554 هامش رقم 2
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س،ص 109
- محمد الكشبور : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية وفقا للتشريع المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون وإقتصاد التنمية، العدد 14، سنة 1987 ص15

(1)- تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن بعض التوجهات الفقهية والقضائية في كل من فرنسا ومصر كانت في وقت من الأوقات لا تعترف لشروط الإعفاء من المسؤولية سوى بأثر محدود يتمثل في نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن، بحيث يكلف الدائن بإثبات أن عدم تنفيذ الإلتزام يرجع إلى خطأ المدين أو أحد مساعديه، وبالتالي إذا تمكن من ذلك قامت مسؤولية المدين كاملة واندثر أثر شرط الإعفاء من المسؤولية وأجبر تبعا لذلك بجبر الضرر الذي لحق الدائن، وقد كان هذا توجه القائلين بالخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، حيث يعتمد الدائن في إثباته خطأ المدين لا على أساس المسؤولية العقدية التي أعفي منها وإنما على أساس التقصيرية التي لا يجوز له إعفاء نفسه منها لأن مثل هذا الشرط يتنافى مع النظام العام، وبالتالي فكأن شرط الإعفاء من المسؤولية لم يفعل شيء سوى نقل عبء الإثبات، إلا أن هذا التوجه تم انتقاده على أساس أنه يشكل خرقا صريحا لإرادة الأطراف التي انصرفت إلى إعفاء المدين من المسؤولية حتى في حالة صدور خطأ منه أدى إلى عدم تنفيذه للإلتزام، فاتفاق الإعفاء من المسؤولية إما أن يكون باطلا عديم الأثر، وإما أن يكون صحيحا منتجا لآثاره، كما أن فكرة الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية بذاتها محل نظر ونقاش فقهي لم يتم حسمه بعد، أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 554 هامش رقم 2
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س،ص 109
- محمود جمال دين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 85
- ياسين محمد يحيى : اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والمصري، م، س، ص 57
- أحمد مفلح عبد الله خوالده : شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، م، س، ص 142

بموجبها مسؤولية كل طرف منهما بشكل يوفر حماية للطرف الضعيف في هذه العلاقة، فالمشرع الفرنسي[1] على سبيل المثال لم يقم بالنص على بطلان الشروط المعفية من المسؤولية بشكل صريح، لكنه بتنظيمه لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني من خلال نصوص آمرة قطع الطريق أمام البنوك لتضمين مثل تلك الشروط.

أما المشرع التونسي فقد كان أكثر وضوحا عندما نص في الفصل 15 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال بشكل صريح على بطلان كل شرط يهدف إلى إعفاء البنك كليا أو جزئيا من الواجبات والمسؤوليات المحمولة عليه بموجب هذا القانون[2]، كما نص في الفصل 16 من نفس القانون على بطلان كل شرط يتنازل بموجبه العميل بشكل مسبق عن الحقوق المخولة له [3].

وبالنسبة للتشريعات التي لم تقم بتنظيم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني ضمن نصوص خاصة كما هو الأمر في كل من التشريعين المغربي والأردني[4]، فإن جواز شروط الإعفاء من المسؤولية يجد تبريره في القواعد العامة للتعاقد والتي سبق ذكرها[5]، ولكن مع ذلك فإن قيام البنك بإعفاء نفسه من المسؤولية يخضع للضوابط التي أوردتها القواعد العامة نفسها والتي سنقوم ببيانها في الفقرة الموالية.

(1)- وفي المقابل يمكن القول أن المشرع الفرنسي من خلال تحديده لوسائل الإعفاء من المسؤولية من خلال ما جاء في المادة (L133-5) من قانون النقد والمالية قام بوضع قاعدة آمرة منع بموجبها البنك من إعفاء نفسه من المسؤولية بأي وسيلة أخرى غير تلك المنصوص عليها في المادة السابقة، أنظر نص هذه المادة في المبحث الأول من هذا الفرع والمتعلق بالإعفاء القانوني من المسؤولية.

(2)- وقد نصت المادة 15 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي على أنه " يكون باطلا ولا عمل عليه كل شرط يهدف إلى إعفاء المصدر كليا أو جزئيا من الواجبات والمسؤوليات المحمولة عليه بموجب هذا القانون"

(3)- ونصت المادة 16 من القانون التونسي للتحويل الإلكتروني للأموال على أنه " يكون باطلا ولا عمل عليه كل شرط يتضمن تنازل المنتفع مسبقا كليا أو جزئيا عن الانتفاع بالحقوق المخولة له بموجب هذا القانون"

(4)- ويلاحظ في هذا الصدد أنه على الرغم من السلطات الواسعة التي منحها كل من التشريعين المغربي والأردني لبنوكهما المركزية، فإن هذه الأخيرة منحت صلاحية تحديد المسؤوليات الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني للبنوك نفسها التي تقوم بإعداد العقود وفقا لمصالحها، ونشير في هذا الصدد إلى تعليمات ممارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكترونية رقم (2001/8) تاريخ 2001/7/26 والتي قام بإصدارها البنك المركزي الأردني وبالخصوص في المادة السادسة منها والتي أعطت للبنوك كامل الحرية في تضمين العقود التي تقوم بإنشائها ما تشاء من شروط محددة ومعفية له من المسؤولية في مواجهة العملاء، حيث جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة " ضرورة تنظيم العلاقة التعاقدية بين البنك والعميل متضمنة بيان مسؤوليات كل منهما بشكل واضح....."

(5)- وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " إن الاتفاق المعقود بين البنك وبين طالب التحويل المتضمن إعفاء البنك من المسؤولية عن تسليم المبلغ المحول لشخص أخر غير المودع هو اتفاق قانوني ملزم يترتب عليه إعفاء البنك من مسؤولية الخطأ في التسليم"

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1972/2 والصادر بتاريخ 27/04/1972 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

الفقرة الثانية : القيود الواردة على شروط الإعفاء من المسؤولية

سبق وأشرنا إلى أنه يجوز لأطراف العلاقة التعاقدية الإتفاق على تضمين العقد شرطا بموجبه يعفى المدين من المسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذه لالتزامه، بشرط إحترام الحدود التي قررها القانون لمثل هذا النوع من الشروط، بأن لا يشترط الشخص مقدما عدم مسؤوليته عن غشه أو خطأه الجسيم لكون مثل هذه الشروط مخالفة للنظام العام[1]، والحقيقة أن هذا المنع يترتب عنه نتيجتان على قدر من الأهمية، الأولى بطلان كل شرط مسبق يرمي إلى إعفاء الشخص من غشه (التدليس) أو خطأه الجسيم، والثانية إنعدام الأثر القانوني لشرط الإعفاء من المسؤولية في حال كون الإخلال بالإلتزام العقدي مشكلا لغش أو خطأ جسيم.

وما تجدر الإشارة إليه أن قيام التشريعات المختلفة بالمساواة بين الغش والخطأ الجسيم لا يعني إتحادهما في المعنى والصفات، وإنما يقصد به فقط المساواة من حيث الآثار القانونية المترتبة عنها والمتمثلة في حالتنا هذه بانعدام أثر شرط الإعفاء من المسؤولية، لما ينجم عنها من خطورة المراكز القانونية، فالغش في إطار الإلتزام العقدي مرادف لاصطلاح سوء النية[2]، بحيث يتمثل في إتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر فيستغرق بذلك الخطأ العمدي بالرغبة في التخلص من أعباء العقد وبإدراك الضرر الذي يمكن أن يقع نتيجة لذلك.

(1)- ولنفس الإعتبار فإنه لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية الجنائية، فكلاهما تتعلقان بالنظام العام، والحقيقة أن الغش والخطأ الجسيم يؤدي إلى إخراج الخطأ من دائرة المسؤولية العقدية إلى نطاق التقصيرية، أنظر في هذا الصدد :

- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 151 وما بعد
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 549 وما بعد

(2)- والتدليس أو الغش وسوء النية كلها تعبر عن الصفة الإرادية لعدم تنفيذ الإلتزام وإدراك الضرر وقصد الإضرار بالغير، ويلاحظ على سبيل المثال أن المشرع المغربي ساوى بين التدليس وسوء النية فاستعملهما للدلالة على قصد واحد وذلك يتضح من خلال مراجعة بعض نصوص قانون الإلتزامات والعقود (أنظر الفصول 264و544و263و563 على سبيل المثال)، أما التشريع الأردني فإن الغش يتساوى كذلك مع سوء النية والتغرير، وعلى الرغم من أن الغش يعد موازيا للخطأ العمدي، إلا أنه يعتبر مرحلة متقدمة على الخطأ عموما، فهو يمثل صورة خاصة يقوم فيها أحد المتعاقدين بالمخالفة الصريحة لشروط العقد بقصد الإضرار بالطرف الآخر، ولا يشترط في الغش أن لا يكون هناك تنفيذ للإلتزام وإنما قد يكون هناك تنفيذ معيب يقصد به الإضرار أو ينطوي على تنفيذ ظاهر، أنظر في ذلك :

- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س،ص 36
- محمود جمال دين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 82
- سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 640
- نوري خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، م، س، ص 49
- حسام الدين الأهواني : النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص 317

أما الخطأ الجسيم فهو خطأ غير عمدي لا يخرج عن الإهمال وعدم التحرز[1]، لكنه يرتبط بعدم إكتراث بالغ بالتزامات الفاعل واستهتار بالحقوق دون النظر إلى الضرر المحتمل من هذا الاستهتار، لهذا فإن الفرق بين الغش والخطأ الجسيم يتمثل في درجة توقع الضرر، بحيث يكون متوقعا كنتيجة حتمية في حالة الغش، بينما يكون غير محقق الوقوع ويكون الفاعل قد واجه إمكانية تحقق الضرر كنتيجة محتملة دون إكتراث بذلك في حالة الخطأ الجسيم[2].

وقد يدق التمييز بين الخطأ الجسيم والغش ويصعب الفصل بينهما خصوصا فيما يتعلق بمدى تطلب سوء النية كمعيار لكلاهما، مع أن الخطأ الجسيم لا يشترط فيه كقاعدة توافر سوء النية من طرف مرتكبه[3]، إلا أنه لا يمكن استبعاد فكرة سوء النية نهائيا من

---

(1)- ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في القانون الروماني بداية حيث كان يقصد به الخطأ الذي لا يرتكبه قليل الذكاء، وكان الرومان يعطون الخطأ الجسيم حكم الغش لصعوبة إثبات هذا الأخير ولمنع مرتكبه من التظاهر بالغباء تخلصا من جزائه، وقد انتقلت هذه الفكرة بفضل الفقيه الفرنسي (بوتييه) إلى القانون الفرنسي القديم في إطار ما يعرف بنظرية تدرج الخطأ، ومفاد هذه النظرية أن ما يرتكبه الشخص من خطأ عقدي غير العمد ينقسم إلى ثلاثة أنواع حسب خطورته، خطأ جسيم وهو الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به، وخطأ يسير وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد، وخطأ تافه وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم وحريص، ويرى الأستاذ السنهوري أن هذه النظرية نسبت للقانون الروماني بينما نجد أن فقهاء القانون الفرنسي القديم هم الذين يرسمون خطوطها، وقد إنتقد هذه النظرية معتبرا أنه لا أساس لها من الصحة من الناحية القانونية، وعلى الرغم من أن القانون الفرنسي نبذ هذه النظرية وبني على أساس وحدة الخطأ التي تعتمد على معيار واحد هو معيار الرجل المعتاد، إلا أن فكرة الخطأ الجسيم عادت مرة أخرى لتأخذ مكان لها في المسؤولية المدنية، أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 541 وما بعد
- نوري خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، م، س، ص 45
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س،ص 37
- محمود جمال دين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 89
- حسام الدين الأهواني : النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص 88

(2)- أنظر في ذلك :

- عبد القادر العرعاري : مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، نظرية العقد، م، س، ص 276
- نوري خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، م، س، ص 49
- محمود جمال دين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 87
- حسام الدين الأهواني : النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص 88

(3)- ويجب التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ غير المغتفر، والخطأ غير المغتفر هو نوع من الخطأ الموصوف وضعه المشرع الفرنسي في التشريع الخاص بإصابات العمل لعام 1898 حيث أعطى العامل الحق في إقتضاء تعويضات إضافية تجاوز التعويض الجزافي متى كانت الإصابة التي لحقته ناتجة عن خطأ غير مغتفر لرب العمل، وقد قامت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صدر عام 1941 بتوضيح مفهوم الخطأ غير المغتفر ووضعت عناصره، وعرفته على أنه خطأ ذو جسامة إستثنائية ناجم عن فعل أو إمتناع إرادي، مع إدراك فاعله بخطره وإنعدام كل سبب يسوغه، ويتميز عن الخطأ العمدي بتخلف عنصر القصد فيه، لهذا فالخطأ غير المغتفر يعتبر في مرتبة أعلى من الخطأ الجسيم ويكاد لا يعلوه أي خطأ، وهذه الجسامة تنسحب على السلوك لا على نتائجه، وبالتالي فإنه خطأ يتعدى الخطأ الجسيم لكنه لا يصل إلى مرتبة العمد، وبالإضافة إلى ذلك فإنه ليوصف الخطأ بأنه غير مغتفر يجب أن يكون ناتجا عن نشاط إرادي، فعلا كان أو إمتناعا لا حركة آلية أو اندفاعا غريزيا، على خلاف الخطأ الجسيم الذي قد يكون إهمالا أو عدم إحتياط لم يقصد مرتكبه إتيانه، أنظر في ذلك :

مجال الخطأ الجسيم، فوفقا لمفهوم حسن النية يجب أن لا يخرق المدين أي علاقة قانونية عمدا أو إهمالا وفقا لمعيار الشخص المعتاد، لهذا فإن جسامة الخطأ قد تكون قرينة على سوء النية.

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء ".. وحيث انه إذا كان الطاعن يعترف بخطئه هذا ويعتبره خطأ غير مقصود من جهة، ومن جهة فان المستأنف ضده لم يصب بأي ضرر على اعتبار انه عمد إلى تسوية الوضعية في فترة وجيزة، وان الخطأ وقع سهوا من طرف أحد تابعيه، فان المحكمة ثبت لها بأن المستأنف ضده كان مستهدفا من طرف هذا التابع بدليل انه لم يكتف بمراسلة بنك المغرب، بل عمل إلى إخبار بنكا غير الذي يعمل لديه بكون المستأنف ضده ممنوع من الحصول على دفتر شيكات، لكونه كان يعلم أن لهذا الأخير حسابا مفتوحا لديه، مع العلم انه لم يصدر أي قرار عن بنك المغرب بمنعه من الحصول على دفتر شيكات، وحيث بالفعل فان الخطأ المرتكب من البنك يعتبر خطأ جسيما.."[1].

وما يمكن إستنتاجه من القرار السابق أن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء اعتبرت الخطأ الجسيم دليلا على سوء النية[2]، بالنظر إلى كون الشخص قد قام بفعله عمدا من ناحية، وبقصد الإضرار بالغير أو عدم حساب النتائج المترتبة عن فعله من ناحية أخرى، بما معناه أن سوء النية يجب أن يكون مقرونا بنية الإضرار بالغير حتى يعتبر خطئا جسيما وهو ما يجعل معناه يقارب الغش.

وعلى أي حال فإن مسألة التمييز بين الغش والخطأ الجسيم قد لا تكون ذات أهمية بالغة بخصوص شروط الإعفاء من المسؤولية نظرا لأن توفر أحدهما منفردا أو كلاهما يجعل الشرط باطلا أو عديم الأثر، لكن إذا كان الغش لا يثير إشكالا بخصوص تحديده واستخلاص دلالاته من مختلف الظروف والأفعال المادية التي قام بها الشخص، فإن

- محمد السعيد رشدي : الخطأ غير المغتفر، سوء السلوك الفاحش والمقصود، مطبوعات جامعة الكويت، 1995 ص 41 وما بعد

(1)- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/792 والصادر بتاريخ 2003/03/10 (غير منشور)

(2)- ويلاحظ كذلك أن كل من التشريعين المغربي والأردني قد إعتبرا الخطأ الجسيم دليلا على سوء النية، فقد جاء في المادة 186 من مدونة التجارة " ومن وفى في تاريخ الاستحقاق برئت ذمته، إلا إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم..."، والتي تقابلها المادة 171 من القانون التجاري الأردني، حيث يلاحظ من هذه النصوص إن سوء نية الشخص يمكن إستنتاجه من مساحة الخطأ الذي ارتكبه عند وفائه لغير صاحب الحق، فالخطأ الجسيم ما هو إلا دليل على سوء النية، مع أن إرتكاب الخطأ حتى لو كان جسيما قد يكون ناتجا عن جهل الشخص بكونه قد قام بالوفاء لغير صاحب الحق، لهذا يرى بعض الفقه بأنه كان يجب أن تتطلب التشريعات الجهل بشرط أن لا يكون هذا الجهل ناتجا عن خطأ جسيم، لأن سوء النية في هذه الحالة لا تتوقف عند الغش من عدمه، والذي تتطلب نية الإضرار باستخدام الخداع، بل إن مجرد شك المسحوب عليه بأن من يؤدي إليه ليس حاملا شرعيا تحقق سوء النية، أما إذا كان جاهلا بذلك يكون قد ارتكب خطأ جسيم، أنظر:

- نوري خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، م، س، ص 56

الخطأ الجسيم بإعتباره شكلا من أشكال الخطأ غير العمدي كان ولا زال محل أخذ ورد فيما يتعلق بالمعايير المرتبطة بتحديده.

فالخطأ الجسيم عند بعض الفقه[1] هو الذي يبلغ درجة من الفحش يدل على عدم أهلية مرتكبه القيام بالواجب المفروض عليه، وهو بذلك لا يصدر إلا عن الشخص غير الكفء والذي يتصرف بلا مبالاة وتهور، وهذا المعيار لا ينظر إلى الشخص بقدر ما ينظر إلى الفعل الصادر عنه[2]، فالفعل الذي ارتكبه والذي يتميز بكونه بالغ الخطورة هو الذي يدل على شخصية مرتكبه لا العكس، ولعل مثل هذا القول يخالف المنطق السليم، فمن الممكن أن يرتكب أحرص الأشخاص وأذكاهم خطئا يعتبر جسيما.

لهذا فإن معظم الفقه[3] يقوم بقياس الخطأ الجسيم وفقا للمعيار الموضوعي المجرد الذي يقوم على فكرة الرجل المعتاد[4]، فيكون الخطأ جسيما عندما يكون مرتكبه قد ابتعد كثيرا عن المسلك الذي يتوقع من الشخص المعتاد الذي يوجد في نفس ظروف الفاعل الخارجية، فلكي نصف الفعل بأنه خطأ جسيم يجب القول أن الرجل المعتاد الذي وجد في

(1)- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 541
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س،ص 40

(2)- وفي نفس الإطار هناك من ينظر إلى الفعل لا إلى شخص مرتكبه حيث يتم تحديد الخطأ الجسيم بمقدار جسامته، ولكن يجب الإعتماد على عدة معايير لتقدير هذه الجسامة من بينها طبيعة الضرر ومداه فإذا كان يمس مصالح حيوية للإنسان اعتبر جسيما، كما أن نشوء الفعل عن الإخلال بالتزام ذو أهمية خاصة للمدين يعطيه وصف الجسامة، أنظر في ذلك:
- عبد الحكيم فودة : الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، م، س، ص 19
- محمود جمال الين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 100 وما بعد
- نوري خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، م، س، ص 57

(3)- وهذا هو الإتجاه الغالب في الفقه، أنظر على سبيل المثال :
- محمود جمال الين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 105 وما بعد
- نوري خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، م، س، ص 69
- عبد الحكيم فودة : الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، م، س، ص 21
- عاطف النقيب : النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، م، س، ص 204
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س،ص 41

(4)- وبالإضافة إلى المعيار الموضوعي حاول بعض الفقه الفرنسي الإعتماد على المعيار الذاتي لتحديد الخطأ الجسيم من خلال قياس مسؤولية كل شخص على حدة بالنظر لمدى فطنته وتحرزه والإعتداد بالظروف الشخصية لمرتكب الفعل، لكن هذا المعيار تم إنتقاده على إعتبار انه لا يعطي معيارا منضبطا وافيا بالغرض لقياس السلوك، بما من شانه أن يؤدي إلى إختلاف درجة العناية المطلوبة من شخص إلى آخر، وبالإضافة إلى ذلك هناك من الفقه من يقول بالمعيار المختلط والذي يجمع فيه بين المعيارين الذاتي أو الشخصي والموضوعي، فالأصل أن يتم قياس درجة الخطأ وفقا للمعيار الموضوعي ولكن إذا ما كنا بصدد جزاء جسيم يجب الأخذ بالمعيار الشخصي كذلك، وبالتالي فإن جسامة الخطأ تتم وفقا للمعيار الموضوعي بداية فإذا تبين أن هذا الخطأ جسيم تم قياسه وفقا للمعيار الشخصي فإذا بقي جسيما كنا بصدد خطأ جسيم أما إذا لم يكن كذلك فإننا لا نكون بصدد خطأ جسيم، أنظر في ذلك :
- محمود جمال الين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 101 وما بعد
- نوري خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، م، س، ص 69 وما بعد

نفس الظروف يتوقع مدى النتائج الضارة لفعله، وهكذا تكون جسامة الخطأ أمرا ظاهرا إذا لم يتخذ العناية المطلوبة من الرجل المعتاد الذي يهتم كثيرا بعدم إيقاع الضرر بالغير، فكلما زاد توقع الضرر زادت جسامة الخطأ.

وقد تم وضع مجموعة من الأسس لتحديد هذا المعيار من بينها مدى كفاءة المدين وكونه شخصا مهنيا[1]، فالمهني يمتلك من الكفاءة ما يمكنه من تنفيذ التزاماته دون إحداث الضرر نظرا لقدرته على تبصر وتوقع احتمال حدوثه مما يجعل من الأخطاء مهما كانت يسيرة بالنسبة لغيره تعتبر جسيمة بالنسبة له بالنظر لخبرته المهنية الخاصة، وبالتالي فالخطأ الجسيم بالنسبة له هو الذي لا يرتكبه الشخص المهني بنفس الكفاءة والظروف الخارجية التي يوجد بها مرتكب الفعل.

ووفقا لهذا المعيار فإن البنك بارتكابه أحد الأخطاء المهنية التي قد تتمثل في عدم أخذه للاحتياطات اللازمة عند وضع نظام التحويل البنكي الإلكتروني، أو عدم تثبته من صحة أمر التحويل أو شخصية الآمر بالتحويل، أو عدم قيامه بالواجبات المفروضة عليه قانونا أو عرفا يكون قد إرتكب خطئا جسيما يبرر عدم إعتبار أي شرط يرد في العقد يعفيه من المسؤولية عن الأضرار التي وقعت للعميل نتيجة لذلك، ولا شك أن مثل هذا المعيار قد يوفر حماية أكبر للعميل.

لكن على الرغم من ذلك فإن بعض الفقه[2] يرى أن هذا المعيار لا يقوم على أساس إذ إن الشخص المهني كما قد يصدر عنه خطأ جسيم قد يصدر عنه كذلك خطأ يسر أو خطأ

(1)- أنظر ما سبق تناوله حول أثر الصفة المهنية على إلتزامات البنك في الفرع الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول

وقد وجد هذا المعيار صدى له في القضاء، ففي بعض القرارات قامت المحاكم بمساواة الخطأ المهني بالخطأ الجسيم، فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء "... وحيث انه اعتبارا لذلك يكون من البين في النازلة أن البنك حينما طبق مقتضيات المواد 309-313 و322 من مدونة التجارة في حق العميل يكون قد ارتكب خطأ مهنيا يستوجب مسؤوليته باعتباره مؤسسة بنكية المفروض فيها الإلمام بالقواعد المنظمة للمهنة، حيث يتمسك العميل بأن مبلغ التعويض غير كاف لتغطية الإضرار اللاحقة به فإن محكمة الاستئناف وبما لها من سلطة تقديرية في هذا الخصوص ارتأت رفع مبلغ التعويض...".

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2361-2005/2362 والصادر بتاريخ 2005/06/21 (غير منشور)

(2)- وتجدر الإشارة إلى أن هناك من الفقه من رفض فكرة الخطأ المهني من أساسها على إعتبار أن القول بالتفرقة بين الخطأ المهني والخطأ العادي يؤدي إلى تباين أحكام القضاء حول المسألة الواحدة نظرا للإختلاف في تقدير تلك المسألة من قاضي إلى آخر، حيث لا يوجد ضابط محدد ودقيق لهذه التفرقة، ومن ثم يصعب التمييز بين ما يعتبر مهنيا وما لا يعتبر كذلك، كما أن البعض الآخر من الفقه رفض إعتبار أن الشخص المهني لا يسأل إلا عن خطأه الجسيم دون اليسير على أساس أن القاعدة العامة طبقا للنصوص القانونية هي إلزام المخطئ لتعويض الضرر الناتج عن خطئه، وبالتالي لا نستثني بدون نص صريح هؤلاء المهنيون من هذه القاعدة العامة التي لا تحتمل الإستثناء إلا بنص صريح والقول بمسؤوليتهم في حالة الخطأ المهني عن الخطأ الجسيم دون اليسير، وبالإضافة إلى ذلك يرفض جانب آخر من الفقه إعتبار أن خطأ يصدر من الشخص المهني أثناء ممارسته لمهنته خطئا جسيما على أساس أن المهني شأنه شأن أي شخص آخر يمكن أن يتخذ خطأه وصف الجسامة بينما يمكن أن يكون يسيرا كذلك أو تافه، أنظر في ذلك :

ينطوي على غش، لهذا فلا يمكن إعتبار جميع الأخطاء التي تصدر عن الشخص المهني والتي تتعلق بممارسته لمهنته أخطاء جسيمة بالاستناد على اعتبارات إجتماعية محضة والمتمثلة في الثقة التي يوليها المتعاقدين معه، كما أن التمييز بين ما يعد خطئا مهنيا وما يعد خطئا عاديا لا مبرر له ولا أساس له في القانون(1).

ويتضح من كل ما سبق أن معظم المعايير التي وضعت لتحديد فكرة الخطأ الجسيم غير واضحة ولا محددة المعالم، لهذا فنظرا للنتائج المترتبة على إعتبار خطأ ما جسيم والمتمثلة في إبطال أثر شروط الإعفاء من المسؤولية، فإننا نرى أنه ينبغي على القاضي أن يقوم بالتصدي للخطأ الجسيم من خلال الاستعانة بمختلف المعايير التي وضعت لتحديده، فإذا ما أقتنع أن البنك الذي ارتكب الخطأ كان يستطيع توقع الأضرار التي قد تحدث نتيجة لخطأه، وتعامل بنوع من الاستهتار في حقوق العميل، مع الأخذ بعين الإعتبار جميع الظروف الخارجية التي تحيط بالعمل البنكي الإلكتروني، ومختلف الوسائل والأساليب المستخدمة في البنوك وفقا للمعيار الموضوعي، وفي كل الأحوال يترك أمر تحديد مدى جسامة الخطأ إلى القاضي الذي يمكنه الإعتماد على مختلف المعايير في ذلك على أنه يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض في استنتاجه.

- حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية م. س. ص 193
- عبد القادر العرعاري : النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المغربي، م.س. ص 276
- أنور سلطان: النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص440
- محمود جمال الين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 94
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س، ص 38

(1)- ويثار التساؤل في هذا الصدد حول مدى إعتبار الخطأ بمفهومه الجنائي خطئا جسيما، بمعنى ماذا لو ارتكب أحد موظفي البنك جنحة أو جريمة، فهل يعتبر خطئا جسيما مباشرة؟ في الحقيقة إن الخطأ في مفهومه المدني يختلف عنه في المفهوم الجنائي، ووصف الخطأ بالجسم في الحكم الجنائي لا يلزم القاضي المدني نظرا لأن الخطأ من الناحية الجنائية ليس هو حتما الخطأ من الناحية الجنائية، لكن قد تتطلب بعض الجرائم جسامة معينة للأخطاء فوصف الخطأ بأنه عمد أو غير عمد يقيد القاضي المدني، إلا أن ذلك لا يعني أنه يقيده في الحكم بالتعويض من عدمه، إذ حتى لو لم يوصف الخطأ بأنه جسيم وتم تبرئة مرتكبه جنائيا فإن هذا لا يؤثر على قيام دعوى التعويض المدنية والتي لا تشترط سوى إتيان الخطأ بغض النظر عن مقدار جسامته، وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " ... وان مسؤولية الطبيب المدنية لا تتوافق بالضرورة مع متطلبات المسؤولية الجزائية، إذ أنه وإن تطلب المسائلة الجزائية درجة الخطأ الجسيم أو التعمد في مسلك الطبيب المعالج فإن المسؤولية المدنية يكفي لقيامها الإهمال أو التقصير، ولذلك فإن محكمتنا تؤيد الاتجاه الفقهي بتأييد التوجه القضائي الهادف إلى نبذ نظرية مساواة الخطأين ــ الجزائي والمدني ــ في سلوك الطبيب، ذلك أن لكل من هذين الخطأين هدفه الخاص به، ولا يجوز استعمالها والنظر إليهما بنفس المقاييس من الشدة فالتعويض المدني يهدف إلى تعويض المتضرر تعويضاً عادلاً عما أصابه من ضرر ولو كان مصدره ضعيفاً واهناً في حين أن العقاب الجزائي الذي يقرره الشارع لغايات الردع العام والردع الخاص فإنه يفرض على المحكوم عليه إدانة اجتماعية لما سببه من اضطراب اجتماعي، ولذلك يجب أن يكون على جانب من الأهمية، وبالتالي فإن المسئولية الجزائية لا تتحقق لمجرد الخطأ العادي بخلاف المسئولية الطبية المدنية..."، أنظر في ذلك :

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2007/968 والصادر بتاريخ 03/09/2007 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية
- نوري خاطر : تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، م، س، ص 69

وفي هذا الصدد نشير إلى قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه "...لكن حيث انه وكما جاء في تعليلات الحكم المستأنف فان الطاعن قد تسبب للمستأنف عليه في المنع من إصدار شيكات وان ضرر المنع المتخذ من طرف البنك قد بني على خطأ ارتكبه في تحديد هوية ساحب الشيكين بدون مؤونة حيث اعتبر على أن المستأنف عليه هو الذي سحب هذين الشيكين في حين أن شخصا آخر يحمل نفس الاسم هو الذي سحبهما، وحيث إن إصدار قرار المنع من إصدار شيكات دون التأكد من نموذج التوقيع ومن رقم الحساب يشكل خطأ جسيما في حق الطاعن..."[1].

فالخطأ الذي ارتكبه البنك في هذا الإطار لا يرتكبه بنك وضع في نفس الظروف التي وضع فيها هذا البنك، كما أنه بحكم خبرته وتخصصه قادر على توقع الأضرار التي تقع لعميل نتيجة منعه من إصدار الشيكات، ونظرا لفداحة الأضرار التي وقعت للعميل فإن هذا الخطأ يشكل خطئا جسيما، بما معناه أن المحكمة هنا لم تعتمد على معيار واحد للقول بجسامة الخطأ بل أخذت بعدة معايير، وبالتالي فإنه لا يعتد بشروط الإعفاء من المسؤولية في مثل هذه الحالات.

والحقيقة أن القضاء يمتلك من الوسائل القانونية ما يخوله التحكم في حدود الشرط المعفي من المسؤولية وذلك في سعيه لتحقيق العدالة، فقد يعمد القاضي إلى تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية في نطاق ضيق وذلك عندما يكون هذا الشرط فيه نوع من الإجحاف في حق الدائن، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية "...إن إعفاء البنك المدعى عليه من المسؤولية في حالة سرقة الشيكات لا يعفيه من وجوب دفع قيمتها إلى الشخص الحقيقي الذي حررت له وذلك لان قيمة الشيكات لا تنتقل إلى السارق بمجرد السرقة بل لا بد من مراجعة المسحوب عليه لدفع القيمة وعلى المسحوب عليه أن يتحقق من أن مبرز الشيكات يحملها بصورة قانونية"[2]، وعلى أي فإن شروط الإعفاء من المسؤولية قد لا تكون الوسيلة الوحيدة التي يستخدمها البنك للتهرب من المسؤولية وإنما قد يقوم بإدراج شروط أخرى في العقد بهدف التخفيف من مسؤوليته.

المطلب الثاني

الشروط المحددة لمضمون العقد

تبرز أهمية الشروط التي تحدد مضمون العقد في كونها تعطي البنك إمكانية التخفيف من التزاماته وبالتالي التخفيف من نطاق مسؤوليته عن الأضرار التي قد تحدث للعميل

(1)- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2004/653 والصادر بتاريخ 2004/03/01 (غير منشور)

(2)- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1974/3 والصادر بتاريخ 25/03/1974 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

نتيجة إستخدام أدوات التحويل البنكي الإلكتروني[1]، فهي لا تمس بالمسؤولية بشكل مباشر كما هو شأن شروط الإعفاء من المسؤولية، بل تتجلى آثارها في تحوير بعض الإلتزامات بما من شأنه أن يحد من مسؤولية البنك في مواجهة العميل، وسنقوم في هذا المطلب بعرض بعض أنواع هذه الشروط مع تحديد مدى صحتها من الناحية القانونية (الفقرة الأولى)، ثم نبحث نطاقها والقيود التي ترد عليها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ماهية الشروط المحددة لمضمون العقد ومدى صحتها

سبق وأشرنا إلى أن الإخلال بالإلتزام العقدي يختلف باختلاف طبيعة الإلتزام نفسه فيما إذا كان التزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة[2]، وهذا التقسيم يقصد به بيان حدود المسؤولية في كلا نوعي الإلتزام، وتظهر أهميته العملية في عدم التنفيذ، ففي الإلتزام بعناية يكون حد المسؤولية هو الإستحالة الشخصية أي أن المسؤولية تنتهي إذا ما نشأ مانع يقتضي للتغلب عليه أن يقوم المدين ببذل جهد يفوق الجهد المحدد وفقا لمعيار الشخص المعتاد، أما في الإلتزام بنتيجة فإن حد المسؤولية هو الاستحالة الموضوعية، أي يجب أن يكون المانع من التنفيذ موضوعيا لا يد للمدين به[3].

---

(1)- تختلف الشروط التي تتعلق بتحديد مضمون العقد عن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية في كون هذه الأخيرة لا تعفي المدين من الإلتزام ولا تخفف منه بل يبقى المدين رغم وجودها ملتزما ويجب عليه الوفاء بالتزامه، وينحصر أثر الإتفاق إذا لم يوفي المدين بالتزامه فإنه لا يكون مسئولا، أو بعبارة أخرى لا يلتزم بالتعويض للدائن عن الضرر الذي لحقه نتيجة لعدم التنفيذ، أما إتفاقات تحديد مضمون العقد فإنه يقصد بها حذف أحد الإلتزامات الواردة في العقد أو التخفيف منه، وبالتالي لا يكون المدين ملتزما فيما جاز حدود الشرط، ولهذا التمييز أهمية بالغة لأن المدين في الحالة الثانية يكون بريء الذمة من الإلتزام ولا يمكن أن يكون في أي حال مسئولا عن عدم التنفيذ، أما في إطار الإعفاء من المسؤولية، فلا يترتب عليه هذا الأثر الحاسم ولا يعفى المدين بموجب البند في جميع الأحوال من تنفيذ التزامه، بل يظل مسئولا كما سبق وأشرنا في حالة الغش والخطأ الجسيم، أنظر في ذلك :

- محمود جمال الين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 48 وما بعد
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س، ص 43 وما بعد

(2)- للتفصيل يراجع ما سبق تناوله في الفرع الأول من الفصل الثاني من الباب الأول.

(3)- أنظر في هذا الصدد :

- عبد الحي حجازي : النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، نظرية الإلتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 172

ويرى بعض الفقه أنه قد يحدث تداخل بين الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بتحقيق نتيجة إلى درجة يصعب الفصل بينهما فعلى سبيل المثال يلتزم المودع بالحفاظ على الوديعة إلتزاما ببذل عناية، وفي نفس الوقت إذا ما تم إسترداد الشيء في حالة رديئة فإن الإلتزام بالرد يختلط بالإلتزام بالمحافظة على الشيء، فهل المدين بالرد يلتزم بتحقيق نتيجة أو بذل عناية؟، إن المشكلة في هذا الصدد تتأتى من أن الإلتزام بالرد يعد بصفة عامة إلتزاما بتحقيق نتيجة، على أن يتبع حل مختلف بشأن الإلتزام بالمحافظة على الشيء، ذلك أنه يعد إلتزاما ببذل عناية، وإن هذا التداخل يستلزم التمييز بين الرد بوصفه إلتزاما بتحقيق نتيجة والرد بحالة جيدة بوصفه إلتزاما ببذل عناية، أنظر :

- صبري حمد خاطر : فكرة المعيار في تأسيس المسؤولية العقدية، م، س، ص 73 وما بعد

فعلى سبيل المثال إذا ما قام عميل أحد البنوك بوضع أوراق تجارية بهدف التحصيل فإن هذه العلاقة تشتمل على عقدين، عقد وكالة وفيه يقوم البنك كوكيل عن العميل بتحصيل حقوقه الثابتة في الأوراق التجارية ويكون إلتزامه إلتزاما ببذل عناية، وعقد وديعة الورقة التجارية والتي يلتزم البنك بردها إلتزاما بتحقيق نتيجة إذا لم يقم

وما يميز الإلتزامات ويجعلها التزامات ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة هو إرادة الأطراف بدرجة أولى، وإذا ما تعذر معرفة إرادة الأطراف فإن تحديد طبيعة الإلتزام تكون بالرجوع للنتيجة التي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقها، وذلك من حيث طابع الاحتمال في مدى تحقق تلك النتيجة[1]، لكن قد يتضمن الإتفاق الذي يبرم بين الطرفين شرطا يعفي المدين من المسؤولية إلا إذا أثبت الدائن أنه لم يبذل العناية المطلوبة، مع أن التزامه في الأصل هو إلتزام بتحقيق نتيجة، بما معناه قلب الإلتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية، كما قد تتضمن تلك الإتفاقات شروطا يتم بمقتضاها إشتراط بذل المدين لعناية أقل من تلك التي يحددها القانون، فما هو أثر هذه الإلتزامات على مسؤولية المدين؟

نشير بداية إلى أن إتفاق المتعاقدين على قلب الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة يوجب على القاضي البحث في نية المتعاقدين وتفسير إرادتهم في حالة غموضها لا أن يتبنى فكرة الاحتمال لتحديد نوع الإلتزام، أما إذا لم يوجد هذا الشرط فإن القاضي هو الذي يقوم بتحديد طبيعة الإلتزام بالاعتماد على معيار الاحتمال، وهو ما يعني أن نوع الإلتزام قد يكون خاضعا لتقدير القضاء بالإعتماد على معيار فقهي غير منضبط[2]، ما لم يوجد نص قانوني يقيد القضاء في هذا السياق.

بتحصيلها، وقد يحدث أن يختلط الإلتزامان مع بعضهما البعض فقد جاء في قرار لمحكمة التميز الأردنية "..إيداع الشيك لدى البنك برسم التحصيل يجعل من البنك وكيلا ويفترض فيه القيام بما يفرض على الوكيل العادي من مهام عملا بالمادة841 من القانون المدني، قيام البنك المودع لديه الشيك برسم التحصيل بإرسال الشيك للبنك المسحوب عليه لتحصيله في خارج الأردن بالبريد المسجل (DHL) هو جهد مقبول من البنك المدعى عليه للقيام بالمهمة الموكولة إليه كوكيل عادي، فان فقدان الشيك بعد ذلك لا يجعل البنك مقصرا أو انه تراخى في أداء ما وكل به ولا يكون مسئولا عن الضرر الذي لحق بالمدعي....".

- قرار محكمة التميز الأردنية عدد 1997/227 والصادر بتاريخ 14/04/1997 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

فمحكمة التميز في هذا القرار غلبت الإلتزام ببذل عناية على الإلتزام بتحقيق نتيجة، وقد أصابت المحكمة عندما إعتبرت أن البنك يقوم كوكيل بتحصيل حقوق عملائه والتزامه في ذلك إلتزام ببذل عناية، لكن كان عليها أن تقر بمسؤوليته عن ضياع الشيك لأن إلتزامه برده إلتزام بتحقيق نتيجة باعتباره وديعة، وللتدليل على ذلك جاء في قرار آخر لنفس المحكمة "...عالجت المادتان 115 و 116 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 66 حالة تلقي البنك مبلغا من النقود على سبيل الوديعة وأوجبت على البنك أن يرد قيمة تعادل المبلغ المودع ، كما أن المادة 116 من نفس القانون عالجت حالة الأوراق المالية المودعة في المصارف ونصت صراحة على أن تطبق قواعد الوكالة على الودائع المصرفية وذهب الاجتهاد القضائي إلى أن إيداع الأوراق التجارية لدى البنك برسم التحصيل لا ينقل ملكيتها للبنك وتطبق أحكام الوكالة على مثل هذه الودائع ويعتبر ما استلمه البنك لحساب العميل في حكم الوديعة، وعليه إن فقدان الشيك بخطأ من البنك يشكل إخلالا لأحكام عقد الوديعة، فإذا لم يرد في أوراق الدعوى ما يفيد بوجود خطأ من جانب المدعي فإن التزام البنك من رد قيمة تعادل قيمة الشيك موضوع الدعوى تبقى قائمة تطبيقا لأحكام المادة 115/ 1 من قانون التجارة ويكون البنك مسئولا عن فقدانه...".

- قرار محكمة التميز الأردنية عدد 2004/3203 والصادر بتاريخ 06/02/2005 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)-عبد الحي حجازي : النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، م، س، ص 171

- صبري حمد خاطر : فكرة المعيار في تأسيس المسؤولية العقدية، م، س، ص 68

(2)- فالقول بان المدين في الإلتزام ببذل عناية يحاول تحقيق نتيجة إحتمالية قد لا تتحقق بالضرورة عند بذل العناية في تنفيذها هو قول ينقصه الدقة والتحديد الموضوعي، فأهمية فكرة الإحتمال في تحديد نوع الإلتزام تكمن في

وتحمل اتفاقات قلب الإلتزامات من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة بين ثناياها آثار خطيرة على نطاق مسؤولية المدين وحقوق الدائن، فبموجبها يعفى المدين من المسؤولية عن فعله المجرد من الخطأ الذي يكون في الأصل مسؤولا عنه بموجب الآثار التي يرتبها عدم تحقيق الغاية في الإلتزام(1)، ففي الإلتزام بنتيجة يتحقق الخطأ بعدم تحقق النتيجة بغض النظر عن وجود خطأ من عدمه ولا يستطيع نفي الخطأ إلا بنفي علاقة السببية من خلال الوسائل القانونية للإعفاء من المسؤولية، وفي إطار الشرط الذي يجعل الإلتزام ببذل عناية فإنه يستطيع التمسك بأن فعله ليس خطأ فيعفي نفسه من المسؤولية.

ومن الآثار المترتبة عن هذا الشرط كذلك أنه يجعل الدائن يستغني عن قرينة الإثبات المقررة لصالحه في إطار الإلتزام بتحقيق نتيجة، فلا يصبح كافيا منه إثبات وجود الإلتزام ليصبح عبء إثبات تنفيذه على المدين، وإنما يصبح مطلوبا منه إثبات عدم قيام المدين بالعناية المطلوبة، وبالتالي فإن هذا الشرط كما قد يأتي في صورة إشتراط المدين عدم مسؤوليته عن فعله المجرد عن الخطأ، قد يكون في صورة شرط يحد من قرينة الإثبات المقررة لمصلحة الدائن ويلقي بعبئه على عاتق هذا الأخير، ويرى الفقه أن هذه الصورة من صور تخفيف المسؤولية جائزة على إعتبار أن الشخص في الأصل حر في إلزام نفسه بتصرف قانوني معين، وهو حرا في رسم حدود التزاماته التي تنشأ عن هذا التصرف(2).

كونها تؤثر في معظم أحكام المسؤولية العقدية كالإثبات على سبيل المثال، لهذا فقد إنتقد بعض الفقه معيار الإحتمال على إعتبار أنه معيار غير واضح قد يؤدي في الكثير من الأحيان إلى وصف إلتزام معين بأنه ببذل عناية في حالات وفي حالات أخرى بأنه بتحقيق نتيجة، أنظر في ذلك :

– صبري حمد خاطر : فكرة المعيار في تأسيس المسؤولية العقدية، م، س، ص 67

(1)– ومن الصعب وصف عدم تنفيذ الإلتزام بالنسبة لتحقيق نتيجة بكونه خطأ، ذلك أن هذا المعنى يستدعي البحث في سلوك المخطأ وفقا للمعيار المتفق عليه في ذلك فيكون قد أخطأ إذا إنحرف عن السلوك المعتاد، والحقيقة أن عدم التنفيذ نفسه هو ما تقوم به مسؤولية المدين ولو لم يثبت خطأ بالمفهوم القانوني فالمدين لا يستطيع إثارة مسألة السلوك كأن يثبت أنه تصرف وفق السلوك المعتاد للتخلص من المسؤولية، والعلة في ذلك أن عدم تحقق النتيجة لا تتعلق بالسلوك، ولعل هذا الأمر ما دفع البعض إلى القول بأن المسؤولية في إطار الإلتزام بتحقيق نتيجة هي مسؤولية موضوعية، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنها تقوم على الخطأ المفترض، فيما توجه إتجاه أخير إلى أن عدم التنفيذ بالنسبة للإلتزام بتحقيق نتيجة هو نفسه الخطأ بمعنى أن الخطأ هنا ثابت وليس مفترض، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ السنهوري " ولا نقول – كما كان يقال عادة – بأن عدم تنفيذ البائع لالتزامه يجعل الخطأ العقدي مفروضا في جانبه، بل نقول أن عدم تنفيذ الإلتزام هو بعينه الخطأ العقدي، فليس هو بالخطأ المفروض في جانب المدين، بل هو خطأ ثابت "، أنظر في مختلف تلك التوجهات:

– صبري محمد خاطر: فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، م، س، ص 66

– فريد عقل : الإلتزام، نظرية الإلتزامات في القانون المدني السوري والفقه الإسلامي، م، س، ص 239

– عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 540 و 552

– محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية،م، س، ص 18

– عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الإلتزام، م، س، ص 417

(2)– أنظر في ذلك :

– عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 550

– محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 45 و 46

– حسام الدين الأهواني : النظرية العامة للإلتزام، م، س ،ص 650

وفي نطاق عمليات التحويل الإلكتروني يلتزم البنك إلتزاما بتحقيق نتيجة بالحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بالعميل والعمليات التي يقوم بإجرائها من خلال منافذ التحويل، لكن قد يقوم البنك في إطار العقد الرابط بينه وبين العميل بإيراد بند يخفف فيه من مقتضى هذا الإلتزام بجعله إلتزاما ببذل عناية، أو قد يضمن العقد بندا يتضمن تصريحا مسبقا بكونه قد بذل العناية واتخذ كافة الاحتياطات اللازمة وأن العميل قد قبل هذه العناية، كما أن البنك الذي يلتزم بتوفير نظام سليم يمكن العميل من تنفيذ العمليات المتفق بشأنها قد يقوم باشتراط عدم مسؤوليته عن أي عطل يلحق بالأجهزة المستخدمة لإجراء عمليات التحويل(1)، أو يعفي نفسه من تنفيذ الإلتزام إذا ما وقع خلل فيها.

أما في شروط التخفيف من درجة العناية المطلوبة لتنفيذ الإلتزام يتم الإتفاق على الخروج عن الأصل العام الذي يحدد درجة العناية بتلك التي يبذلها الرجل المعتاد، وتقرير عناية أقل كأن يبذل عنايته هو ذاته في شؤون نفسه على سبيل المثال(2)، والحقيقة أن الإشكال المثار بخصوص مثل هذه الشروط هو تفسير إرادة الأطراف وتحديد درجة العناية المتفق عليها بشكل دقيق، فلا شك أنه من الصعب على الأطراف تحديد ذلك في الإتفاق المبرم بينهما، ويترتب على هذا الشرط أن لا يكون المدين مسؤولا إن هو بذل العناية المتفق عليها وإن كانت أقل من عناية الرجل المعتاد.

- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س، ص 34
- مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود ونبيل سعد : مصادر وأحكام الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003، ص 208
- منذر الفضل : النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار الثقافة، عمان، 1996 ص 311

(1)- فعلى سبيل المثال نص الفصل التاسع في فقرته الرابع من الشروط العامة لعقد بطاقة روبي ماستر كارد مصرف المغرب " لا يمكن لمصرف المغرب بأي حال من الأحوال أن يسأل عن نتائج الإستحالة على صاحب البطاقة بأن يستعمل الأجهزة على أثر عطب أو توقف مؤقت أو عن استعمالها السيئ"، كما نص الفصل 9 في الفقرة الرابعة كذلك من الشروط العامة لعقد لبطاقة فيزا مصرف المغرب " عن البنك غير مسؤول عن أي عطب أو توقف مؤقت بسبب الشبابيك الأوتوماتيكية والذي يحول دون تمكن صاحب البطاقة من استعمال هذه الشبابيك" وفي نفس الإطار نصت الفقرة الرابعة من الفصل 7 من الشروط العامة لبطاقة المسبقة الأداء "فيزا إلكترون" ، والفقرة الثانية من الفصل4 من الشروط العامة لبطاقة مايسطرو، والفقرة الرابعة من الفصل 7 من الشروط العامة لبطاقة كاش ، الصادرة عن مصرف المغرب ، ونص الفصل 11 من الشروط العامة لتقديم الخدمات الإلكترونية لبنك الإسكان " يقر العميل باطلاعه وعلمه بأن البنك قد بذل العناية الفائقة في توفير كافة وسائل وسبل الأمن والحماية والتشفير الممكنة، والتي من شأنها حماية العمليات المصرفية الواردة ضمن خدمات إسكان اون لاين من خطر تسرب أي معلومات من خلال الدخلاء (Hackers)، وأنه وافق وقبل بهذه العناية، وأن البنك غير مسؤول عن أي ضرر قد يلحق بالعميل نتيجة المخاطر المترتبة عن شبكة الإنترنت، والعميل وحده يتحمل كافة المخاطر الناجمة عن هذه الخدمة".

(2)- للتوسع أكثر أنظر :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 553
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 181
- مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود ونبيل سعد : مصادر وأحكام الإلتزام، م، س، ص 208
- منذر الفضل : النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص 311

وهذه الشروط الأخيرة لا تثير مشكل توزيع عبء الإثبات لأن الدائن أصلا هو الذي يقوم بإثبات عدم بذل المدين للعناية المطلوبة في تنفيذ الإلتزام[1]، ولا يخسر بالتالي الدائن مزية القرينة المقررة له في الإلتزام بتحقيق نتيجة، وعلى الرغم من كونها مشروعة إلا أن تأثيرها على مدى الإثبات يجعل من الصعوبة بمكان على الدائن إثبات مقدار العناية التي يجب على المدين الإلتزام بها[2]، ثم مدى إلتزام المدين ببذل تلك العناية، فغياب الضابط الموضوعي لتقدير تلك العناية قد يدفع القاضي إلى الإعتماد على المعيار الشخصي لتحديد مدى التزم المدين ببذل العناية المطلوبة، ولا تخفى صعوبة هذا الأمر بالنظر لضرورة البحث في شخصية المدين.

ولا تقتصر الشروط المخففة لمسؤولية البنك في تلك المتعلقة بتحديد مضمون العقد وحسب، وإنما هناك العديد من البنود التي يقوم البنك بإيرادها في العقد وتؤدي إلى تخفيف مسؤوليته، من قبيل الشروط المشددة في مسؤولية العميل[3]، وعلى الرغم من صحة هذه الشروط وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية فإن ذلك لا يعني أنها صحيحة بشكل مطلق، بل هناك بعض المعايير والضوابط التي يجب التقيد بها عند وضع مثل تلك الشروط وإلا اعتبرت غير ذات أثر.

---

(1)- ويقول الأستاذ السنهوري في هذا الصدد " ويقع عبء إثبات المسؤولية العقدية المخففة على الدائن، وقد رأينا أن هذا العبء يقع عليه في المسؤولية العقدية الكاملة، فأولى أن يقع عليه في المسؤولية المخففة"، أنظر في ذلك:
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 553

(2)- وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 358 من القانون المدني الأردني " إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك..."، ولم يورد المشرع المغربي أي نص قانوني يقابل النص السابق في قانون الإلتزامات والعقود.

(3)- فيعد من قبيل التشديد من المسؤولية إعتبار بعض الأعمال التافهة أو البسيطة نوعا من الخطأ يوجب المسؤولية، بالرغم على أنه لا يعتبر كذلك وفقا للأحوال العادية، ومن قبيل التشديد من المسؤولية كذلك الإتفاق على تحويل الإلتزام الذي كان في الأصل بذل عناية إلى تحقيق نتيجة، كما يعتبر كذلك من قبيل التشديد من المسؤولية الإتفاق على أن يضمن الشخص بعض الأضرار غير المباشرة، مثل تعويض الأضرار غير المألوفة، وأخيرا يعتبر تشديدا للمسؤولية الإتفاق على أن يضمن الشخص القوة القاهرة أو فعل الغير، وهو في الأصل ما كان ليسأل عنه، وفي هذا الإطار تنص المادة الثانية من الشروط والأحكام الخاصة بحملة بطاقة فيزا الصادرة عن بنك القاهرة عمان على أن" يلتزم حامل البطاقة بإتخاذ كافة الإجراءات والإحتياطات اللازمة للمحافظة على البطاقة ويكون مسئولا مسؤولية مطلقة عن إستعمالها- -وإستعمال الرقم السري الخاص بها وعن كافة النتائج المترتبة على فقدانها أو سرقتها أو إستعمالها بما يخالف هذه الشروط والأحكام ويلتزم حامل البطاقة بتعويض البنك عن أي أضرار أو خسائر ناشئة عن ذلك بلغ ما بلغت قيمتها". أنظر في مختلف اتفاقات التشديد من المسؤولية :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 553
- منذر الفضل : النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص 309
- حسام الدين الأهواني : النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص651
- سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 645
- عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الإلتزام، م، س، ص 421

الفقرة الثانية: معايير الشروط المحددة لمضمون العقد

يرد على حرية الأفراد في تخفيف الإلتزامات الناشئة عن العقد مجموعة من القيود الغاية منها حماية النظام العام ومبدأ حرية التعاقد، فلا يجوز للأطراف التخفيف من المسؤولية إلى حد الإعفاء من الغش أو الفعل العمد أو الخطأ الجسيم الذي يلحق بالفعل العمد، حتى لا يصبح إلتزام المدين معلقا على شرط إرادي محض[1]، فكما هو الشأن بالنسبة لشروط الإعفاء من المسؤولية يعتبر كل من الغش والخطأ الجسيم مبطلا للشرط أو يجعله غير ذي أثر قانوني.

ففي الإلتزام بتحقيق نتيجة يكون المدين مسؤولا عن الفعل العمد وعن أي خطأ، جسيم كان أو تافه وحتى عن الفعل المجرد عن الخطأ، ويمكن تصور الإتفاق على تخفيف مسؤولية المدين العقدية إلى أدنى حد، ليعفى المدين من المسؤولية عن فعله المجرد عن الخطأ، وعندها ينقلب إلتزام المدين من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية ولا يكون بالتالي مسؤولا إلا إذا أثبت الدائن خطأه ولو كان تافها أو يسيرا، وقد يتم التدرج في التخفيف من المسؤولية لدرجة الإعفاء من الخطأ البسيط أو التافه[2]، وهو الحد الذي يمكن الوصول إليه فلا يكون المدين مسؤولا إلا إذا ثبت خطأه الجسيم أو فعله العمد.

أما في الإلتزامات ببذل عناية فقد يتم التخفيف من درجة العناية المطلوبة إلى الحد الذي لا يكون فيه الشخص مسؤولا عن خطأه اليسير، ولا يمكن كذلك كما هو الحال في الإلتزام بتحقيق نتيجة أن يتعدى الأمر ذلك، فلا يمكن أن يتم إعفاء الشخص من غشه أو خطأه الجسيم[3]، والحقيقة أن مثل هذه الشروط والتي يقصد بها التخفيف من مقدار العناية

---

(1)- وفي هذا الصدد نصت الفقرة الثانية من المادة 358 من القانون المدني الأردني "... وفي كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"، فحالتي الخطأ الجسيم والغش تمثلان نوعا من الخروج عن النظام العام لهذا فلا يجوز الإتفاق على تخفيف المسؤولية إلى حد يعفى بموجبه الشخص من غشه أو خطأه الجسيم، أنظر في ذلك :

- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 48
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 552

(2)- وفي المقابل قد يتم التشديد من المسؤولية ليصبح الشخص مسئولا عن السبب الأجنبي، ويرى بعض الفقه بهذا الخصوص أن هذا النوع من الإتفاقات يعتبر شكلا من أنواع التأمين، بينما يرى البعض الآخر فيه نوعا من الضمان، وبالإضافة إلى ذلك يرى بعض الفقه في الإتفاقات التي تفترض خطأ الشخص عندما لا يكون مفترضا بقوة القانون، وتلك التي تنص على مسؤوليته في حالة إنعدام الخطأ من جانبه نوعا من أنواع الشروط المشددة من المسؤولية، فيما يرى البعض الأخر من الفقه أنها لا تعتبر كذلك لأن مثل تلك الإتفاقات تفرض إلتزاما بنتيجة معينة، ويلتزم فيها العاقد بالتعويض عن الضرر الناتج عن حادثة معينة، لهذا فهي تتعلق بالإثبات أكثر مما تتعلق بالمسؤولية وذلك إذا كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس، أنظر في مختلف تلك التوجهات :

- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 10 و11 هامش رقم 4
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 553
- عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الإلتزام، م، س، ص 420

(3)- أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 554

الواجبة قد تكون سلبياتها أكثر من إيجابياتها بالنسبة للبنك، ذلك أن عدم القدرة على تحديد مقدار العناية التي تقل عن عناية الشخص المعتاد تؤدي بالقضاء إلى الإعتماد على المعيار الشخصي، وبالتالي الأخذ بعين الإعتبار كون البنك مهني متخصص مما يوجب عليه عناية أكبر من تلك التي قصدها من خلال الشرط(1).

وفي نفس الإطار لا يجب أن يكون التخفيف من المسؤولية وتحديد مضمون العقد بشكل يخالف المقتضيات الآمرة في القانون ولو كانت التزامات ثانوية، فالمشرع عند تنظيمه لإحدى المعاملات يقوم بالتنصيص على بعض المقتضيات الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها، كما هو الشأن على سبيل المثال بالنسبة للإلتزام الذي يفرض على البنك رد الوديعة للعميل، فهو إلتزام بتحقيق نتيجة ويقع الشرط الذي يخفف بمقتضاه البنك من مضمون الإلتزام ليصبح ببذل عناية باطلا(2).

(1)- فالعناية المطلوبة أصلا وهي عناية الشخص المعتاد من الصعب تحديدها بدقة فيما يتعلق بالأعمال التي يقوم البنك بممارستها نظرا لأنه يعتبر شخصا مهنيا، ولهذا فإنه مقارنته تتم وفقا لمعيار البنك المعتاد والذي يمارس نفس الأعمال، مع الأخذ بالظروف الخارجية المتعلقة بدرجة تخصصه وإحترافه، والإعتماد على المعيار الشخصي سوف يجعل القضاء ينظر إلى هذه الظروف الخارجية بشكل أكثر دقة بالإضافة إلى ما يتوفر عليه البنك من وسائل وخبرات تمكنه من تفادي وقوع الأضرار نتيجة ممارسته لعمله، ووفقا لذلك فإنه من الصعب أن نجد البنوك تنص على مثل هذه الشروط والتي تتطلب عناية أقل من عناية الشخص المعتاد، أنظر في المعيار المتخذ في قياس سلوك البنك ما سبق تناوله في المبحث الأول من الفرع الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

(2)- فقد نص الفصل 807 من قانون الإلتزامات والعقود " يضمن المودع عنده الهلاك أو الضرر الناتج من أي سبب كان يمكنه التحرز منه : أولا : عندما يأخذ أجرا عن حفظ الوديعة. ثانيا : عندما يتسلم الودائع بحكم مهنته أو وظيفته"، والقضاء يتشدد عادة في الالتزام بالحفظ الملقى على عاتق البنك، نظرا لأنه شخص محترف ومتخصص في مهنته، وعليه أن يتخذ جميع الاحتياطات القانونية للحفاظ على حقوق المتعاملين معه، خاصة وأن التزام البنك في هذه الحالة يكون التزاما بنتيجة وليس التزاما بوسيلة، وفي هذا السياق جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى "على البنك المودع عنده أن يسهر على حفظ الوديعة بنفس العناية التي يبذلها في المحافظة على أمواله الخاصة..."، بل إن المؤسسة البنكية لا تعتبر وديعا عاديا، فهي مؤسسة مؤطرة بقوانين تسعى إلى حماية حقوق المودعين، لذلك فإنها تظهر أمام العموم بمظهر الحريص والحافظ الأمين على ودائعهم، وبالتالي يجب مساءلتها بدرجة أكبر من الوديع العادي، وقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث انه بخصوص الدفع بكون الحكم لم يلزم المستأنف عليها بمطالبة الساحبة بتسليمها نظيرا للشيك الضائع فهو دفع مردود على اعتبار أن هذه المقتضيات لا تطبق إلا عند افتراض حصول الضياع من يدي حامل الشيك وليس لدى البنك بصفته وكيلا ومودعا والذي يظهر للزبناء انه حريص ومحافظ قوي على أموالهم بواسطة التأطير القانوني والمادي، وبالتالي يبقى البنك مسئولا عن ضياع الشيك المودع لديه "، ويرى أحد الباحثين في هذا الإطار أن تشدد القضاء في التعامل مع البنك، يعتبر رحمة به وليس تحاملا عليه، طالما أنه يحافظ على مصداقية العمل البنكي بالنسبة لعموم المودعين الذين ستزداد ثقتهم واطمئنانهم في المؤسسات البنكية، أنظر:

- قرار المجلس الأعلى عدد 769، والصادر بتاريخ 23 يونيو 2004، مجلة القضاء والقانون، العدد 150، السنة 32، ص 202
- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2001/2208 والصادر بتاريخ 2001/10/30 (غير منشور)
- رشيد مشققة: مسؤولية البنك عن ضياع الشيك بين أحكام الوديعة والمقتضيات الخاصة، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، م، س، ص 417

وبالإضافة إلى ذلك فإن التخفيف من الإلتزام لا يجب أن يصل إلى حد يتم فيه إعفاء المدين القيام بأحد الإلتزامات الرئيسة في العقد[1]، والعلة في ذلك أنه لا يجوز الإتفاق على ما يخالف أو يناقض أحد الإلتزامات الرئيسة، فوجود هذه الإلتزامات يرتبط بوجود العقد، وإهدارها سيؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية، ومن غير الجائز جعلها التزامات هامشية أو صورية، لكن ذلك لا يمنع من القول أنه يمكن تقييد الإلتزام الرئيس بما يبقيه عنصرا أساسيا وقائما في العقد، والإلتزام الرئيس في العقد هو ذلك الإلتزام الذي لا يتصور إعفاء أحد المتعاقدين منه، بحيث يؤدي استبعاده إما إلى عدم وجود العقد، أو إلى فقدانه تسميته واختلاف تكييفه القانوني[2]، وتقابلها الإلتزامات الثانوية والتي هي على نقيض الأولى لا يخل استبعادها أو التخفيف منها إلى الدرجة القصوى بالعقد ولا يهدره.

والإلتزام الرئيس إما أن يكون رئيسا بطبيعته بحيث لا يتصور وجود العقد بدونه على النحو الذي حدده المشرع، كالتزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع، بحيث يؤدي تخلف مثل هذا الشرط إلى فقدان العقد تسميته أو تحوله إلى عقد آخر، كما قد يكون الإلتزام الرئيس بإرادة الأطراف وذلك عندما تتجه نيتهم إلى إعتبار شرط ما أساسي في العقد[3]، والإلتزام الرئيس قد يكون الدافع الأساسي للتعاقد بحيث يكون هو سبب الإلتزام[4]، ولا

---

(1)- أنظر في ذلك :
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 46
- حسام الدين الأهواني : النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص 66

(2)- وتختلف الإتفاقات المتعلقة بالتخفيف من المسؤولية أو من مضمون الإلتزام عن الإتفاقات المتعلقة بإسقاط بعض الإلتزامات، حيث إن الأولى يسعى من خلالها الأطراف إلى التخفيف من مقدار إلتزامه دون أن تصل إلى درجة الإعفاء منها، بينما الثانية تؤدي إلى إعفاء المدين من إلتزامه بشكل نهائي، ولا يمكن بالتالي أن يكون مسئولا تبعا لذلك، أنظر في هذا التمييز :
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 49
- إدريس فتاحي : الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، م، س، ص 35

(3)- والمبدأ أنه لا يجوز الإعفاء من الإلتزامات الرئيسة نظرا لأنها تشكل جوهر العقد، فلا يجوز للمودع لديه أن يشترط عدم حفظ الوديعة، وكذلك لا يجوز تقويض هذا الإلتزام لدرجة الإعفاء التام أو شبه التام منه، فلا يجوز على سبيل المثال للمودع عنده أن يشترط عدم حفظه للوديعة من السرقة أو الضياع ومن قبيل ذلك، أنظر في ذلك :
- أسامة أبو الحسن مجاهد : فكرة الإلتزام الرئيسي في العقد وأثرها على إتفاقات المسؤولية، دار الكتب القانونية،المحلة، 1999،ص 26
- ياسين محمد يحيى : اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والمصري، م، س، ص 13 وما بعد

(4)- ولهذا فإن الأساس القانوني لعدم القدرة على إستبعاد الإلتزام الرئيس في العقد يقوم على نظرية السبب في العقد، فمن أركان أي عقد أن يكون له سبب، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن كل من المشرع المغربي والأردني أخذا بنظرية سبب الإلتزام إلى جانب نظرية سبب العقد (الفصل 62 وما يليه من قانون الإلتزامات والعقود المغربي، والمادة 165 و 166 من القانون المدني الأردني)، وسبب الإلتزام أو كما يطلق عليه السبب القصدي يقصد به الباعث، الذي يدفع إلى التعاقد مباشرة، وليس الإلتزام المقابل، لهذا فإنه من الممكن للقاضي أن يستعين بفكرة السبب لإبطال أي شرط من شأنه تقويض السبب الدافع للتعاقد، أنظر في ذلك :
- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، م، س، ص 48

شك أن أي شرط يؤدي إلى تقويض الإلتزام الرئيس بشكل يعفي المدين من تنفيذه من هذه الناحية يؤدي إلى إنكار الباعث إلى التعاقد يكون مصيره الإبطال.

فالعميل الذي يتعاقد مع البنك للحصول على خدمات التحويل الإلكتروني للأموال سواء من باستخدام البطاقات البنكية لإجراء عمليات السحب النقدي للأموال من الشبابيك الآلية للبنوك أو لإجراء عمليات الوفاء لدى التجار الذين يقبلونها لسداد أثمان السلع والخدمات، وكذلك لاستخدام مختلف أدوات التحويل الأخرى عبر الإنترنت وغيره من وسائل التحويل، يكون غرضه التمتع الفعلي بتلك الخدمات التي تعاقد للحصول عليها، وليس للبنك أن يقوض من التزامه بتقديمها له أو يضع قيودا عليها ليصل إلى درجة الإعفاء منها بشكل كلي.

وما تجدر الإشارة إليه أن مختلف شروط التقييد من المسؤولية والإعفاء منها عادة ما تأخذ شكل بنود في العقد المبرم بين البنك والعميل، وتتمثل في أعباء معينة أو التزامات محددة تفرض على أحد طرفيه وهو في الغالب العميل، لهذا فهي لا تعتبر شروطا بالمعنى الفني الدقيق باعتباره وصفا للرضا والإلتزام، لكنه مجرد بند من بنود التصرف القانوني يتسم بالتبعية أو الثانوية بالنسبة للعقد الذي يدرج فيه، فلا تعتبر ركنا جوهريا إنما أمورا زائدة عن أصل التصرف[1]، لهذا فإنها هي وحدها التي تبطل ويبقى العقد قائما، وذلك ما لم تكن تعتبر أحد الشروط الجوهرية التي لا يقوم العقد بدونها كما سلف وقلنا[2].

وعلى أي حال فإن الوسائل التي تستطيع البنوك اللجوء إليها لإعفاء نفسها من المسؤولية أو التخفيف منها مختلفة ومتعددة كما سلف وبيناها، فعلى خلاف الوسائل القانونية التي وضعها المشرع لتكون الوسيلة التي يتخلص بها المدين من المسؤولية عن أضرار لم يكن له يد في حدوثها أو كانت نتيجة لخطأ المدين، فإن المبدأ الذي يقوم عليه التعاقد والمتمثل في أن العقد شريعة المتعاقدين يفتح الباب واسعا أمام البنوك لتضع ما يحقق مصالحها من شروط دون النظر إلى مصالح الطرف الآخر.

فهذه الشروط تهدر في حقيقة الأمر الحرية التعاقدية أكثر ما تعبر عنها، ذلك أنه عند النظر لأطراف العقد، نجد أن الطرف الذي يقبل شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، أما أن يكون مدفوعا أو مضطرا إلى ذلك بسبب ضعف يعتريه، أو أن يكون راغبا

---

(1)- أنظر في ذلك :
- إبراهيم دسوقي أبو الليل : مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني لسنة 1987، ص 37

(2)- وقد نصت المادة 308من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه " بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائما باعتباره عقدا متميزا عن العقد الأصلي"، أما المشرع الأردني فقد نص في الفقرة الأولى من المادة 169 من القانون المدني على أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلا بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي"

في تقديم تسهيلات للمدين لإنهاء وتسوية العلاقة بشكل سريع بما يتفق ومصلحة الطرف الآخر الذي يقبل هذه الشروط دون أدنى تحفظ نظرا لأنها تصب في صالحه.

فتعقد سبل الحياة الإجتماعية وضخامة الوسائل المستخدمة في مختلف نواحي الحياة الإقتصادية وفي القطاع البنكي على الخصوص، أدى إلى إتساع مسؤولية البنوك عن الأنشطة التي تمارسها، لهذا فهي تبذل أقصى جهدها للتخلص من تلك المسؤولية التي تهددها، أو على الأقل التخفيف من آثارها على الذمة المالية لها، وهو ما دعا إلى إيجاد الآليات المناسبة لتوفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من مختلف الممارسات التي تستهدف إستغلاله.

الفرع الثاني

الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية

رغم أن النظام القانوني برمته يقوم على مبدأ المساواة الذي أكدته معظم دساتير العالم، وأن الناس يولدون أحرارا ومتساوين تجاه بعضهم البعض، فإن العمل بمذهب الاقتصاد الحر وما واكبه من تقدم صناعي واقتصادي هائل أدى إلى ظهور كيانات إقتصادية قوية قادرة على إملاء إرادتها على الأشخاص المتعاملين معها[1]، ومن هنا أصبحت فكرة المساواة القانونية بين الأفراد وقدرتهم على الدفاع عن مصالحهم أمرا محل نظر في ظل تخلف المساواة الفعلية بينهم، أي المساواة الإجتماعية والاقتصادية، فالشخص الأكثر نفوذا وقوة من الناحية الاقتصادية يستطيع فرض إرادته على من هم أكثر ضعفا،

---

(1)- إن سلطان الإرادة هو التعبير عن المذهب الفردي في الميدان القانوني ويقصد به سلطة إرادة الشخص في أن لا تخضع إلا للقوانين التي تخلقها بنفسها ولنفسها، وبعبارة أخرى فإن سلطان الإرادة هو سلطة الإرادة في خلق القانون أو خلق المراكز القانونية أي خلق الحقوق والإلتزامات وتعديلها وإنهائها، وسلطان الإرادة كنظرية يجعل الإرادة أساسا لكل المؤسسات القانونية وبالدرجة الأولى العقد، الذي يرى فيه المذهب الفردي غايته ويحقق به ضالته، فالعقد يستمد قوته من الإرادة الحرة لطرفيه بمقتضى السلطة المخولة لها دونما حاجة إلى الإستناد لسلطة القانون فالإرادة هي الأساس الوحيد والمباشر لهذه القوة، والعقد بحد ذاته ينشأ للحقوق والإلتزامات شأنه شأن القانون، وإذا كانت نظرية سلطان الإرادة تجد تجسيدها في القانون المدني الفرنسي أب القوانين المدنية الأخرى التي تنتمي إلى المدرسة اللاتينية، فأن هذه النظرية ليست وليدة الصدفة، وإنما هي نتاج تفاعل بين مجموعة من التراكمات المعرفية التي تمخضت عن فكر فلاسفة القانون الطبيعي وعلى رأسهم كانت وروسو، وللعوامل الإقتصادية التي أفرزها عصر النهضة الأوربية خاصة خلال القرن الثامن عشر من خلال الفكر الإقتصادي الذي قال به أصحابه وعلى رأسهم المدرسة الفيزيوقراطية التي نظر لها كيني، أنظر في ذلك :

- محمد شيلح : سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983 ص 30 وما بعد
- عبد الرحمن عياد : أساس الإلتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1971، ص 19 وما بعد
- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 120 وما بعد

وكنتيجة لهذه الوضعية ظهرت فكرة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وصارت حمايته هي الشغل الشاغل ليس للمشرع وحده وإنما للقضاء والفقه كذلك[1].

والعميل بصفته طرفا ضعيفا يحتاج إلى الحماية من تعسف البنك كطرف يمتلك من القوة ما يمكنه من إملاء إرادته وشروطه على الأشخاص الذين يتعاملون معه، لهذا فإن البحث في حماية العميل تقتضي منا بداية التطرق للأسباب التي تستدعي التدخل القانوني لحماية العميل كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية (المبحث الأول)، قبل بيان الوسائل القانونية لحمايته في مواجهة البنك وذلك في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مبررات حماية العميل كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية

إن غلو المذهب الفردي ومساوئ نظرية سلطان الإرادة تعتبر من أهم الأسباب التي دفعت الفقه والقضاء والتشريع إلى الحديث عن ضرورة تقرير بعض القيود بهدف حماية الطرف الضعف في العلاقة التعاقدية[2]، والحقيقة أن هذه الاعتبارات وإن كانت لا زالت تشكل أهم موجبات الحماية القانونية للطرف الضعيف إلا أنها لا تفسر وحدها تزايد التدخل التشريعي والقضائي لتقرير تلك الحماية، لا سيما أن هذا التدخل بات يتخذ أنماطا شتى ويتم بأساليب متنوعة فتختلف طبيعته ومداه إلى حد كبير.

---

(1)- أنظر في ظهور فكرة المتعاقد الضعيف :

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 ص8 – حسن عبد الباسط جميعي : أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991 ص 97
- Aubert (J-L) : les relations entre bailleurs et locataires en droit Français, il la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, ed L.G.D.J , 1996, p 156
- Fontaine (M) : la protection de la partie faible dans la rapports contractuels. Ed L.G.D.J 1996. p 615

(2)- إن القوة والحصانة التي أصبح يتمتع بها مبدأ سلطان الإرادة نتيجة لتكريسه في معظم القوانين واعتباره أساسا للحرية الفردية، أدت إلى تقديسه على نحو ما وأصبح بذلك مبدأ غير قابل للنقاش، لكن بعد التطورات الصناعية والإقتصادية والتقلبات التي أصبحت سمة العصر بدأ يتضح بجلاء التفاوت الصارخ بين الحل الذي يمليه مبدأ سلطان الإرادة وبين العدالة البديهية التي يحس بها كل فرد، وبدأ الشك في دعوى اتفاق هذا المبدأ مع العدالة والإستقرار في المجتمع، بعدما أدى تطبيقه إلى إنزال أضرار جسيمة بالمتعاقدين الضعفاء الذين يشكلون السواد الأعظم من الشعب، وبالتالي فلم يعد مقبولا أن يبقى المشرع مكتوف الأيدي أمام الضرر الذي يلحق هؤلاء بدعوى إحترام مذهب سلطان الإرادة، ولم يكن المشرع أن ينأى عن إتخاذ موقف إيجابي إزاء الإستغلال الممارس تجاه بعض فئات المجتمع ومن ثم بدأ بكسر جمود هذا المبدأ وحدته، من خلال النص على بعض الحالات التي تشكل إستثناءا عليه، من قبيل حالات عيوب الرضا وعلى وجه الخصوص الغبن والإستغلال، وكذلك نظرية الظروف الطارئة وغيرها من الحالات، أنظر في ذلك :

- محمد شيلح : سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، م، س، ص 133 وما بعد
- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 123 وما بعد
- عبد الرحمن عياد : أساس الإلتزام العقدي، م، س، ص 129 وما بعد
- إدريس العلوي العبدلاوي : نظرية العقد، م، س، ص 614 وما بعد

وسنقوم من خلال هذا المبحث بدراسة أهم الاعتبارات التي تستدعي توفير الحماية للعميل في مواجهة البنك من خلال مطلبين، نتناول في (المطلب الأول) الإختلال في التوازن العقدي بين البنك والعميل، ومن ثم نتعرض في (المطلب الثاني) لمظاهر هذا الإختلال على مستوى العلاقة التعاقدية بين كل من البنك والعميل.

المطلب الأول

إختلال التوازن في الرابطة التعاقدية بين البنك والعميل

تقضي المبادئ العامة في التعاقد أن العقد يعتبر شريعة المتعاقدين وأن الالتزامات التي اتفق عليها الأطراف لا يمكن المساس بها بالزيادة أو بالنقصان وهو ما يعبر عنه بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وعلى الرغم من استقرار هذه المبادئ في مختلف التشريعات فقد ظهرت نتيجة التطورات والتقلبات الإجتماعية والإقتصادية العديد من العوامل التي أثارت الشك في مدى اتفاق تلك المبادئ مع العدالة واستقرار المجتمع(1)، ففي نطاق علاقة البنوك بعملائها تبين أن التفاوت الواضح في المركز التعاقدي لكل من البنك والعميل (الفقرة الأولى)، من شأنه أن يؤدي إلى إنتاج عقود ذات طبيعة خاصة تتميز بسطوة الطرف القوي على الطرف الضعيف فيها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المركز التعاقدي لكل من العميل والبنك

إن العلاقة التي تجمع البنك بالعميل تتميز بوجود تفاوت في المراكز القانونية التي يتخذها كل طرف في مواجهة الآخر، حيث نجد أن البنك يوجد في مركز سيادي ووضع

(1)- وقد كرس المشرع المغربي نظرية سلطان الإرادة كما جاء بها المشرع الفرنسي بشكل متطابق تقريبا، حيث جاء ذلك في الفصل 230 من قانون الإلتزامات والعقود والذي نص على أنه " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون "والحقيقة أن الفصل السابق والذي يماثل ما جاء في الفصل 1134 من القانون المدني الفرنسي يتبنى وبوضوح مبدأ سلطان الإرادة بجميع أسسه والأفكار التي يأتي بها، حيث إن هذا المبدأ يقوم على مجموعة من المسلمات أو الأسس، وهي أن الشخص لا يلزم بغير إرادته، وأن كل التزام حر يعتبر عادلا، وكذلك عدم إستطاعة أي شخص تعديل شروط وآثار عقد تم إبرامه على الوجه الصحيح دون رضا كلا المتعاقدين، ويخلو القانون المدني من النص على مبدأ سلطان الإرادة كما تناوله كل من المشرعين المغربي والفرنسي وذلك يرجع إلى أن المصدر الرئيسي للقانون المدني الأردني هو الفقه الإسلامي وليس القانون الفرنسي، ومع ذلك فإنه يمكن ملاحظة بعض القواعد التي تتناول المسلمات التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة، فقد جاء في المادة 213 من القانون المدني فيما يتعلق بتفسير العقود أن " الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد " كما جاء في الفصل 241 ولذي يتناول مبدأ القوة الملزمة للعقد " إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون"، انظر في ذلك :

- محمد شيلح : سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، م، س، ص 90 وما بعد
- إدريس العلوي العبدلاوي : نظرية العقد، م، س، ص 611
- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 122-123

اقتصادي وقانوني قوي نتيجة لهيمنته على سوق الخدمات البنكية أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعله يمتلك موازين القوى ويتحكم في العلاقة التي تجمعه بعميله الطرف الضعيف في هذه العلاقة، لكن يثار التساؤل في هذا الإطار حول المعايير التي على ضوئها يعتبر متعاقد ما ضعيفا في مواجهة الآخر؟ بعبارة أخرى ما هي صفات المتعاقد التي تبرر تدخل المشرع أو القضاء لمنحه حماية خاصة في مواجهة المتعاقد الآخر؟

إن الضعف التعاقدي ينشأ عن انعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد فهو يعني أن يوجد أحدهما في مركز ضعيف من الناحية الواقعية في مواجهة المتعاقد الآخر، فنكون أمام إرادة قوية تقابلها إرادة ضعيفة أو حتى منعدمة بما ينعكس في الغالب على مضمون العقد وشروطه بشكل يزيد من التزامات الطرف الضعيف بحيث يسوء مركزه القانوني بما يفيد الطرف القوي في العقد.

وتتعدد مظاهر الضعف التعاقدي تبعا لتنوع أسبابه أو العوامل التي تؤدي إليه، فهذه العوامل قد تكون نابعة من شخص المتعاقد ذاته، وتتعلق هذه الحالة بالقدرة العقلية أو النفسية للمتعاقد نفسه نتيجة لظروفه الشخصية أو لمؤثرات خارجية بما يؤدي إلى عدم قيامه باتخاذ قرار صائب يعبر عن رضا مستنير بشأن فحوى الالتزامات التي يرتبها العقد[1]، وقد عالجت القواعد العامة هذا النوع من الضعف التعاقدي من خلال تطبيقين أساسيين، الأول يتمثل في حالات انعدام التمييز أو نقصانه لدى المتعاقد، والثاني يتعلق بحالات تعيب إرادة المتعاقد نتيجة لعارض وهذا ما يحدث في نطاق عيوب الرضا[2].

---

(1)- وهو ما يطلق عليه الضعف الملازم أو الذاتي حيث يتمثل الضعف في عدم توافر القدر الكافي من التمييز الذي يجعله قادرا على التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية، وهو ما يفسر الحماية القانونية التي تتقرر للمتعاقد والتي تتمثل في بطلان التصرف أو قابليته للإبطال بحسب الأحوال، أنظر في ذلك :

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 17
- محمد الهيني : الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون المنافسة والإستهلاك، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، سنة 2005-2006 ص 4 وما بعد
- Couturier (G) : Les Les relation entre employeurs et salaries en droit francais, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, ed L.G.D.J 1996 , p 134
- Fontaine (M) : la protection de la partie faible dans la rapports contractuels, Op. cit. p 616

(2)- وتظهر فكرة الطرف الضعيف بشكل واضح فيما يتعلق بنظرية الإستغلال، حيث إن الشخص يعمد إلى الإفادة من حالة الضعف الذي يوجد به الشخص لآخر ويجعله يبرم عقدا ينطوي على تفاوت شديد بين ما يأخذ وما يعطي فيؤدي به إلى غرم فادح، ويختلف الإستغلال عن فكرة الغبن في أن الإستغلال هو أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا مظهرا منه ويلزم لتحققه إستغلال ضعف في المتعاقد للحصول على فوائد، أنظر الإستغلال أو الغبن الإستغلالي وبقية عيوب الرضا كوسائل تشريعية لحماية الطرف الضعيف :

- محمد شيلح : سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، م، س، ص 153 وما بعد
- مأمون الكزبري : نظرية الإلتزام في ضوء قانون الإلتزامات والعقودم ، س، ص 72 وما بعد
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 236 وما بعد
- إدريس العلوي العبدلاوي : نظرية العقد، م، س، ص 361 وما بعد
- جميل الشرقاوي : النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 187 وما بعد

لكن قد تتوفر في الشخص الأهلية اللازمة للتعاقد ولا يكون رضاه مشوبا بما يعيبه ومع ذلك يعتبر متعاقدا ضعيفا، وهو ما يتحقق عندما يضطر إلى قبول شروط جائرة يفرضها عليه الطرف الآخر دون أن تكون له الخيرة في واقع الأمر بين قبول هذه الشروط أو رفضها[1]، و لهذا النوع من الضعف التعاقدي مصدرين، فقد ينشأ نتيجة لما يتمتع به الطرف الثاني من نفوذ اقتصادي هائل وسيطرة على السوق بما يمكنه من إملاء شروطه، وقد يكون المتعاقد ضعيفا بسبب حاجة خاصة كاضطراره إلى التعامل مع الطرف الآخر لحاجته لعمل أو مسكن، وقد يجتمع هذان السببان فنكون أمام طرف قوي اقتصاديا يسعى للاستفادة من حالة الاحتياج التي يوجد فيها الطرف الضعيف[2].

ومثل هذا النوع من الضعف التعاقدي يتجلى بوضوح في إطار العلاقة التي تجمع البنوك بعملائها، فالبنك كمؤسسة مالية يتوفر على جميع المقومات التي تجعل منه قوة اقتصادية لا يستهان بها في النسيج الاقتصادي والاجتماعي في أي دولة، وهو مؤسسة منظمة بمقتضى قواعد قانونية خاصة تجعل منه يقترب إلى حد كبير مع المرافق العمومية التي تديرها الدولة، من حيث التنظيم وطريقة التعامل مع الأفراد الشيء الذي يفرض هيبته في مواجهتهم[3]، كما أنه يمتلك احتكارا قانونيا لممارسة بعض الأعمال وتقديم بعض

---

(1)- وهو ما يطلق عليه بالضعف النسبي أو الإقتصادي، ويتخذ درجات معينة فعلى سبيل المثال يعتبر العامل بوجه عام طرفا ضعيفا في عقد العمل ويحظى بناءا على ذلك بحماية يكفلها له القانون في مواجهة رب العمل، كما توفر القوانين حماية أكبر بدرجات متفاوتة لطوائف معينة من العمال تعتريهم حالات معينة من الضعف، وهو ما يظهر من تنظيم عمل النساء الحوامل والأحداث على سبيل المثال، وتجب الإشارة إلى أن هذا النوع من الضعف قد لا يتحقق إلا في وقت معين دون آخر، فالشخص الذي يجد نفسه في موقف ضعيف في مرحلة التفاوض على العقد بأن يكون غير قادر على مناقشة شروطه قد يتحسن وضعه في مرحلة تنفيذ العقد ويصبح بإمكانه التخلص منه لاحقا لدى نشوء النزاع، وتجدر الإشارة إلى أن صفة الدائن والمدين لا تفيد بالضرورة مركزا قويا وآخر ضعيف في الرابطة العقدية، فلا يوجد تلازم بين الأمرين، بمعنى أنه ليس من المحتم أن يكون الطرف الضعيف دائما هو المدين والطرف القوي هو الدائن، ومرد ذلك إلى أنه في العقود الملزمة للجانبين يعد الشخص دائنا ومدينا في نفس الوقت، أنظر في ذلك :

- معتز نزيه محمد الصادق المهدي : المتعاقد المحترف، م، س، ص 27 وما بعد

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 34 وما بعد

– Fontaine (M) : la protection de la partie faible dans la rapports contractuels, Op. cit. p 616

- Aubert (J-L) : les relations entre bailleurs et locataires en droit Français, Op, cit p 157

(2)- أنظر في مظاهر الضعف النسبي :

- معتز نزيه محمد الصادق المهدي : المتعاقد المحترف، م، س، ص 29

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص35

– Fontaine (M) : la protection de la partie faible dans la rapports contractuels, Op. cit. p 616

- Aubert (J-L) : les relations entre bailleurs et locataires en droit Français, Op, cit p 157

(3)- فالبنك يتولى وحده زمام الأمور في العلاقة التي تجمعه بعملائه ويتحكم في اتخاذ معظم القرارات المترتبة عن تلك العلاقة نظرا لافتقادهم في أغلب الأحوال الدراية بأصول العمل البنكي، لهذا فإنه يظهر كسلطة وقيادة يتمتع بها في مواجهة ليس فقط معاونيه وتابعيه وإنما كذلك في مواجهة المتعاملين معه، فهو الذي يتمتع بسلطة إتخاذ القرارات لما له من خبرة ودراية وكفاءة في مجال الأنشطة التي يمارسها، ونتيجة لهذه السلطة فقد يرى بعض المتعاملين معه بأنه ما من جدوى في الدخول مع البنك في نزاعات، ولا شك أن النظر إلى بنك كشخص يمتلك سلطة في مواجهة الأشخاص الذين يتعاملون لا يرجع فقط إلى إمتلاكه الخبرة والدراية في الأنشطة التي

الخدمات التي ترتبط بها، بالإضافة إلى أن العديد من الأفراد يكونون مضطرين إلى التعامل معه نتيجة لمتطلبات الأعمال التي يمارسونها، وذلك كله يجعلهم في مركز ضعيف في مواجهة البنك الذي يتحكم في مضمون العقود التي يبرمها معهم[1].

وبالإضافة إلى ذلك فإن هناك نوعا آخر من الضعف التعاقدي ينشأ عن انعدام المساواة بين أطراف العقد من حيث المعرفة والخبرة[2]، فكثيرا ما يعتري أحد المتعاقدين ضعف ناتج عن جهله بمعلومات وبيانات متعلقة بموضوع العقد يحوزها المتعاقد الآخر، أو نتيجة لقلة خبرته الشخصية بموضوع العقد بينما يتمتع المتعاقد الآخر بخبرة طويلة في هذا الشأن فيكون التفاوت القائم ليس تفاوتا اقتصاديا، وإنما هو تفاوت في المعرفة والخبرة.

ويتخذ الضعف الناتج عن الجهل بمحل العقد عدة صور، فقد يرتد إلى الجهل بالجوانب القانونية المتعلقة به، وقد يرجع إلى الجهل بالأوصاف المادية للشيء محل التعاقد، كما قد يكون الجهل ناتجا عن عدم معرفة كيفية استعمال الشيء محل العقد إذا ما كان من الأمور الحديثة أو التي تتطلب مهارات واحتياطات خاصة للحفاظ على سلامتها[3]، وأخيرا قد يكون الضعف المعرفي ناتجا عن المتعاقد نفسه بحيث يتعذر عليه العلم ببيانات العقد لأسباب ترجع إلى شخصه أو عدم خبرته أو كفايته الذاتية في مجال العقد المبرم نتيجة لكونه شخصا بسيطا قليل المعرفة والخبرة بموضوع العقد[4].

والمساواة في المعرفة والعلم بين كل من البنك وعملائه لا تقل أهمية عن المساواة في مراكزهما العقدية، فكما يمكن أن يتعيب الرضا نتيجة عدم التوازن في هذه المراكز

يمارسها، وإنما كذلك يرجع إلى فكرة مهجورة كانت تشبه البنك بالمرفق العمومي أو بأحد الأجهزة الإدارية التابعة للدولة نظرا للوظيفة الخطرة التي تمارسها البنوك من حيث كونها تخلق النقود والإئتمان، أنظر في ذلك :
- معتز نزيه محمد الصادق المهدي : المتعاقد المحترف، م، س، ص 21
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 12

(1)- وقد سبق وتناولنا العناصر المميزة للبنك كشخص مهني محترف في الباب الأول من هذه الدراسة.

(2)-أنظر في ذلك :
- محمد إبراهيم دسوقي : الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر والتوزيع، أسيوط، 1985 ص 142
- نزيه محمد الصادق المهدي : الإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982 ص 158
- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 39 وما بعد

(3)- أنظر في ذلك :
- نزيه محمد الصادق المهدي : الإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، م، س، ص 88
- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص40

(4)-ولا بد في هذه الحالة من الإعتداد بكفاءة ودراية المتعاقد في ضوء كافة الظروف الموضوعية الملابسة للمعاملة والمحيطة بمركز المتعاقد وبالخصوص مهنته، وإذا ما كان يعمل في مهنة من شأنها أن تفترض فيه الإلمام ولو بجزء بسيط ببعض البيانات المتعلقة بالعقد الذي، لهذا فإن المعرفة أو العلم بينما قد تكون مستحيلة بالنسبة لبعض المتعاقدين قد لا تكون كذلك بالنسبة لمتعاقدين آخرين، أنظر في:
- نزيه محمد الصادق المهدي : الإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، م، س، ص 169
- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 41

واستغلال البنك للضعف الاقتصادي للعميل، فإنه يمكن أن يتعيب كذلك نتيجة عدم المساواة في المعرفة بين الطرفين لتفاصيل العقد المراد إبرامه، حيث إن البنوك والمؤسسات المالية تتوفر لديها المعلومات الكافية حول أدوات التحويل الإلكتروني للأموال بينما يبقى العميل جاهلا في أغلب الأحوال بكل ما يتعلق بهذه الأدوات التي يقوم باستخدامها، لا من حيث خصائصها الذاتية أو من حيث الوسائل الصحيحة لاستعمالها.

وقد أدت المقاربة بين الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية والطرف القوي والمقارنة بينها باعتبار أن هذا الأخير عادة ما يكون شخصا مهنيا يسعى لتحقيق الربح من وراء النشاط الذي يمارسه إلى اتخاذ فكرة الطرف الضعيف بعدا آخر، بعد إهتمام الفكر القانوني بظاهرة الاستهلاك[1] التي تعتبر في الأصل ظاهرة اقتصادية تمثل الحلقة الأخيرة في الدورة الاقتصادية، حيث أصبح ينظر إلى الشخص الذي يقوم بهذه العملية على أنه طرف ضعيف يحتاج إلى الحماية من سطوة الأشخاص المهنيين وتحكمهم في مضمون العقود.

(1)- إن الإهتمام الحقيقي بفكرة الإستهلاك في مجال القانون لم يترك إلا في مطلع العقد السابع من القرن الماضي، حيث تحولت إلى فكرة قانونية تحظى إلى وقتنا هذه باهتمام بالغ لدى جانب كبير من الفقه وأصبحت تحتل مكانة بارزة في التشريعات بعد أن كثرت وتشعبت وأصبح موضوعها الرئيسي يتمثل في تنظيم ودعم حماية المستهلك في مواجهة ازدهار التجارة والصناعة وتقدم فنون التسويق والتوزيع، ففي المغرب اهتم المشرع كثيرا مؤخرا بالمواضيع المرتبطة بحماية المستهلك فأصدر عدة قوانين تسعى إلى هذه الهدف منها القانون المتعلق حرية الأسعار والمنافسة بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.00.225 صادر في 2 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2001)، والذي خصص المواد 47-50 في الباب الأول منه لحماية المستهلك، كما أصدر المشرع المغربي مؤخرا القانون المتعلق بحماية المستهلك رقم 31.08 بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.03 والصادر بتاريخ 18 فبراير 2011 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5932 والصادرة بتاريخ 7 إبريل 2011 صفحة 1072.

لهذا فإن المستهلك[1] يعتبر وبحق المثال الأكثر تعبيرا عن فكرة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فمظاهر الضعف التي تعتريه فيما يبرمه من عقود، وكان لظهور فكرة المستهلك باعتباره شخصية رئيسية يفتقد إلى التجربة وسهل الإيقاع به بسبب عدم كفاءته

---

(1)- كان مفهوم المستهلك محل جدل فقهي نتج عنه ظهور اتجاهين، أحدهما يعتنق مفهوما ضيقا له وآخر يأخذ بمفهوم واسع، ويذهب أنصار الاتجاه الأول إلى التضييق في مفهوم المستهلك حيث يعتبر مستهلكا كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجته الشخصية أو العائلية وعلى ذلك لا يكتسب صفة المستهلك وفقا لهذا المفهوم من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه، أما أنصار الإتجاه الثاني فيذهبون إلى توسيع مفهوم المستهلك بحيث يشمل هذا المصطلح كل من يبرم تصرفا قانونيا من أجل إستخدام المال أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو المهنية ما دام أن هذا التصرف بعيد عن تخصصه المهني، أنظر في هذه التوجهات :

- السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1986 ص 20
- عبد الراضي كيلاني : مفهوم المستهلك كأساس لتحديد نطاق تطبيق تقنين الإستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 ص 58
- أسامة أحمد بدر : حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 ص 57
- عمر عبد الباقي محمد: الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الجديدة، الإسكندرية، 2004 ص22

ويلاحظ أن المشرع المغربي في القانون رقم 31.08 الخاص بحماية المستهلك قد أخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك حيث جاء في نص المادة الثانية منه " يحدد هذا القانون العلاقات بين المستهلك، باعتباره شخصا طبيعيا أو معنويا يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي، والمورد باعتباره شخصا طبيعيا أو معنويا يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري"، وجاءت الفقرة الثانية من نفس المادة لتحديد الأشخاص الذين لا يمكن إعتبارهم مستهلكين حيث جاء فيها "لا يعتبر مستهلكا الشخص الذي يمتلك أو يستخدم أو ينتفع أو يستهلك سلعا أو خدمات بهدف إدماجها في عمليات الإنتاج أو التحويل أو التداول أو الأداء للغير من دون أن يكون المستهدف الأخير من تلك العمليات"، والملاحظ أن المشرع يريد أن يعطي للمستهلك معنى أكثر وضوحا ولذلك يريد قطع الخلاف بالتفسير، وتكمن أهمية هذا التعريف في كونه يقبل إستفادة الشخص المعنوي كالشخص الطبيعي من التشريع الخاص بحماية المستهلك، كما أنه جاء بمفهوم موحد بالنسبة لكافة القواعد الحمائية.

وما تجدر الإشارة إليه أن تحديد فكرة المستهلك بالمقارنة مع المهني لا يعني أننا أمام طبقتين مختلفتين من الأشخاص، فالمهنيين ليسوا بدعا من الناس، بل هم أفراد من المجتمع لا يخرجون عن دائرة المخاطبين بأحكامه القانونية بما في ذلك تلك التي تخاطب المستهلكين، فكل شخص يتقلد أثناء حياته صفة المستهلك وإن كان يمارس وراء ذلك أنشطة حرفية، لهذا فإن قوانين حماية المستهلك تتعلق بوظيفة اقتصادية لا بفئة من الناس، كما لا يصح تعريف المستهلك أو المهني بالأسلوب السلبي القائم على الاستبعاد، أي استبعاد المقابل الذي سلمنا أن ليس بالنقيض فلا فائدة من تعريف المستهلك بأنه غير الحرفي أو غير المهني، لهذا أقيم التمييز بين المستهلك والمهني على أساس غائي أي بالنظر للغاية المقصودة من تصرف الشخص، فالقانون الفرنسي على الرغم من أنه لم يقم بتعريف المستهلك إلا انه تدارك هذا الأمر بالنسبة لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني وقام في المادة (L314-5) بشمول مقدمي خدمات الدفع عندما يتصرفون لغير أغراض مهنتهم بالحماية التي خولها لمستخدمي عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، أنظر في ذلك :

- عدنان إبراهيم السرحان : المهني، المفهوم والانعكاسات القانونية، م، س، ص 56
- بوعبيد عباسي: مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، الإشعاع، عدد 20، 1999، ص87
- جابر محجوب علي : قواعد أخلاقيات المهنة، م، س، ص 339
- Calais-Auloy (J) et Steinmetz (F): Droit de la Consommation , preci Dalloz , 4em Ed. 1996 p 3
- Paisant (G): Essai sur la notion de consommateur en droit positif , J.C.P 1993 p 267

الفعلية والقانونية التي لا تخوله مناقشة بنود العقد، بالإضافة عدم خبرته القانونية لا تسمح له بتقدير آثار هذه البنود على مركزه القانوني والمالي[1]، أن أصبح ينظر إلى العقود التي يقوم بإبرامها مع الشخصية الأخرى المقابلة له أي الشخص المهني[2]، على أنها يجب أن تكون محل مراجعة وحماية قانونية وقضائية للبحث عن الإختلالات التي قد تشوبها، لأن العقد الذي يقوم البنك بصفته مهنيا بإبرامه مع العميل المستهلك يتميز بطبيعة خاصة تحمل في طياتها شبهة إستغلال المتعاقد القوي لنظيره الضعيف.

الفقرة الثانية : طبيعة عقد تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني

إن عقد تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني الذي يبرمه البنك مع عملائه شأنه شأن بقية العقود يخضع لمبدأ الرضائية من حيث المبدأ[3]، فالأصل في التعاقد هو حرية إرادة الأطراف وترك الإرادة ترتب الآثار التي تستطيع الالتزام بها، ومن نتائج ذلك من الناحية النظرية أن أطراف العقد متساوون في تحديد مضمون العقد وفي إختيار الشروط التي تلاؤمهم، ولهم حق تحديد الإلتزامات والحقوق المترتبة على العقد وأن يصلوا بها إلى المدى الذي يريدون تحقيقه، لكن الأمور لا تسير بسهولة على هذا النهج من الناحية العملية، إذ أن عقود التحويل البنكي الإلكتروني عادة ما تكون معدة بشكل مسبق من طرف البنك على مطبوعات خاصة تتضمن نماذج، وهي ما أصبح يسمى في وقتنا الحاضر بالعقود النموذجية أو النمطية[4].

(1)- أنظر في ذلك :
- أحمد محمد الرفاعي : الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 6
- محمد الهيني : الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، م، س، ص 7

(2)- ويقول البعض في هذا الإطار " إن المستهلك والمهني شخصيتان طالما كان ينظر إليهما بشكل عام على أنهما ضدان، الشريرة منها تستغل ضعف الفقيرة، ورغم أن هذا الأمر قد تم تجاوزه في الوقت الحاضر لكن العلاقة بين المهني والمستهلك التي يشوبها الإختلال في التوازن الإقتصادي وتوازن المعرفة بمحل العقد وظروفه وهي التي كانت وراء الحمى العالمية لحماية المستهلك، بفصولها الاجتماعية والاقتصادية والقانونية وحتى السياسية "، أنظر في ذلك :
- عدنان إبراهيم السرحان: المهني، المفهوم والانعكاسات القانونية، م، س، ص 55

(3)- أنظر في ذلك :
- علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، م، س، ص 20
- عبد الرحمن السيد قرمان: عمليات البنوك طبقا لقانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 103
- عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، م، س، ص 10

(4)- وقد عرف الأستاذ حسن عبد الباسط جميعي العقد النموذجي على أنه "عقد معد مسبقا ليتم التعاقد بموجبه في الظروف الموحدة توفيرا للوقت والنفقات في عمليات التعاقد"، كما عرفه الأستاذ العربي مياد بقوله "هو عقد مطبوع مهيأ مسبقا من طرف مؤسسة مهنية أو إدارية بغية التعاقد بموجب مقتضياته بدعوى توفير الوقت والنفقات حيث يقتصر دور الأطراف المتعاقدة فيما بعد على ملأ البيانات الناقصة سواء تعلق الأمر بشخص المتعاقد أو مدى التعاقد أو باقي البيانات التكميلية عند الإقتضاء"، بينما عرفه الأستاذ أيمن سعد سليم على أنه " صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من طرف أحد الأشخاص، تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها، وذلك باتفاق الأطراف"، وفي الفقه الفرنسي فقد عرفه الأستاذ Ghestin على أنه " عبارة عن نماذج

وقد جاء ظهور العقود النموذجية في ميدان المعاملات البنكية نتيجة للتطورات الاقتصادية والتجارية التي نشأت عنها الحاجة إلى توفير الجهد والوقت والمال في صياغة العقود من خلال الاستفادة من الخبرات المتراكمة والمتتالية بشأن إحدى المعاملات[1]، بالإضافة إلى انتشار التعامل بالسلع والخدمات المتماثلة، إلى جانب عدم كفاية القواعد التشريعية التي تحكم التعامل بالوسائل التقنية المتطورة باستمرار من قبيل خدمات التحويل البنكي الإلكتروني عن طريق صياغة نماذج عقود تعالج المشاكل التي تتعلق بهذه العمليات.

لكن إذا كانت تلك هي دواعي اللجوء للعقود النموذجية فإن إنفراد مصدر البنك بوضع العقد أدى إلى ترسيخ ظاهرة اختلال التوازن وزيادة الشروط المجحفة التي تتيح له التخفيف من إلتزاماته مع تكليف العميل بالإلتزامات إضافية أو تشدد من إلتزاماته الأصلية[2]، ويظهر عدم التوازن من خلال عدة مظاهر، أولها يتمثل في أن هذه العقود تمثل خبرة فنية وقانونية وعلمية قام بوضعها فريق متخصص من أصحاب الخبرة في هذا النطاق[3]، وهي بالطبع أمور تعكس تفوقا علميا وفنيا في مجال المعاملات في مواجهة

لعقود تعتبر حجة على الأشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها"، كما عرفه الأستاذ Leaute بأنه " صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي بحيث تستخدم عند إبرام عقود متشابهة تنصب على نفس الموضوع، أنظر في ذلك :

- حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، م، س، ص107
- العربي مياد: عقود الإذعان، دراسة مقارنة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2004ص387
- أيمن سعد سليم : العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 ص 12

- Ghestin (J) : Traite de droit civil, la formation du contrat, 3eme ED, L.G.D.J. 1993 p 80
- Leaute (M.J) : Les contrarts types, R.T.D , 1953 p 430

(1)-وقد أصبح هذا النوع من العقود من الضرورات التي تفرضها الظروف الحديثة في الإنتاج الصناعي الكبير واتساع النشاط الإقتصادي على العموم والنشاط التجاري على وجه الخصوص، وقد يكون هذا العقد المطبوع إما عقدا ضروريا اعد مسبقا لحالة بعينها أو من العقود النموذجية التي تعدها جماعات معنية أو جماعات تستهدف حماية الطرف الأقل خبرة أو كفاءة، أنظر في ذلك :

- أيمن سعد سليم : العقود النموذجية، م، س، ص 15 وما بعد
- سعيد سعد عبد السلام : التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 60

(2)- ويرى البعض أن العقود النموذجية لا تمثل في حد ذاتها ضررا محققا أو محدقا بالمتعاقدين،وإنما هي في حقيقة الأمر ضرورة فرضتها الظروف،وبالتالي لا يمكن إنكارها أو المناداة بالتخلي عنها ،فهي لها إسهام بارز في المحافظة على وحدة الشروط التعاقدية التي تضمنتها، كما أنها ذات أثر بالغ في شأن الوقوف على مدى الجدوى الإقتصادية لمشروع موضوع المعاملة، إضافة إلى ذلك فإنها تمثل عنصرا فعالا في السيطرة على الآثار القانونية والإقتصادية للمتعاقدان في ظل التوزيع المتدفق للسلع والخدمات في ضوء ما تؤدي إليه في الوقت نفسه سرعة وسلامة المعاملات، أنظر في ذلك :

- محمد أحمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، م، س، ص 6
- حسن عبدالظاهر حسين : عقود برامج الحاسب الآلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998ص68

(3)- والغالب أن يقوم بتحرير العقد النموذجي طرف يكون ممتلكا لقوة إقتصادية تميزه عن الطرف الآخر، وعادة ما يكون شخصا مهنيا لا يقبل مناقشة بنود العقد، لكن ذلك لا يعني أنه يشترط في العقود النموذجية أن يتم تحريرها بواسطة شخص متفوق إقتصاديا، لأنه في بعض الفروض قد يتعادل المتعاقدان في المراكز القانونية

العميل قليل الخبرة ضعيف الكفاءة، وبالتالي تنشأ علاقة عقدية غير متكافئة تتميز بغياب التعايش بين طرفي العقد بالقدر الذي ينتزع من العميل كل إستقلالية في إتخاذ القرار.

كما أن إنفراد البنك بشكل حقيقي في وضع شروط تعاقدية على أساس الحرية التعاقدية التي يتمتع بها، في ظل ما يتمتع به من تفوق اقتصادي باعتباره الطرف القوي في العقد يؤدي بالضرورة إلى أن تكون هذه الشروط مصاغة لتحقيق مصالحه وأهدافه على حساب العميل، مما يستقيم معه القول أن هذه العقود غير عادلة لأنها تحقق مصلحة أحد طرفي العقد على حساب مصلحة الطرف الآخر، في حين أن المقصود الأصلي من العقد هو تحقيق المصلحة المشتركة لكل من المتعاقدين(1).

وإذا كان هذا العقد من الناحية النظرية لا يسلب العميل حقه في المناقشة، إلا أنه نظرا للسرعة التي يتم بها إبرامه، نجد أن العميل غير قادر على التعرف على مضمون العقد والشروط التي يتضمنها بشكل كاف، لأنه يفاجأ بوجودها في ذات اللحظة المطلوب منه فيها التوقيع عليه، أو أنه يتصور أنها بنود غير مهمة لا تتعلق بالعملية القانونية المقصودة من العقد، حيث يقتصر دوره حينئذ على ملء الفراغات التي تسمح له بإظهار شخصيته، لهذا يمكن القول أن العقد من الناحية الفعلية لا يعبر بدقة عن تراضي أطرافه، ويكاد يطيح بحرية العميل في التعبير عن إرادته(2).

والإقتصادية، ويقوم أحدهما بتحرير عقد نموذجي وتقديمه للآخر، ولهذا الأخير مطلق الحرية في قبوله أو رفضه أو تعديل بنوده أو الإضافة أو الحذف فيها، ويكون الغرض في هذه الحالة من تحرير العقد النموذجي هو تسهيل إبرام العقد الفردي والتقليل من زمن التعاقد وحسم النزاع في المستقبل بين أطراف العقد، ولا يلزم كذلك أن يكون محرر العقد في هذه الحالة شخصا مهنيا فقد يقوم بتحريره شخص غير مهني يقدمه إلى شخص آخر على قدم المساواة معه، كما يحدث في عقود الإيجار حينما يقدم المؤجر عقدا نموذجيا عادة ما يباع في أماكن مخصصة إلى المستأجر المقدم على التعاقد، أنظر :

- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص330
- محمد أحمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، م، س، ص4
- أيمن سعد سليم : العقود النموذجية، م، س، ص 18 و 33 ما بعدها

- Leaute (M.J) : Les contrarts types, Op.cit p 434

(1)- أنظر في ذلك:
- حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، م.س.ص110.
- أيمن سعد سليم : العقود النموذجية، م، س، ص 19

(2)- وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن العقود النموذجية لا تسمح للشخص بالتعبير عن إرادته بالشكل الذي يروق له، كالتعبير عن الإرادة بألفاظ أو بصياغة معينة يمتنع عن استخدامها حين تعرض عليه صياغة جاهزة، لهذا فالعقود النموذجية تعتبر قيدا على حرية المتعاقدين في التعبير عن إرادتهما بالطريقة التي يريدونها، أنظر في ذلك :
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 331.
- حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، م.س.ص109.
- أيمن سعد سليم : العقود النموذجية، م، س، ص 18

- Leaute (M.J) : Les contrarts types, Op.cit p 435

لكن القول بأن العقد هو من فئة العقود النموذجية لا يؤدي إلى ترتيب أي حماية للعميل، حتى لو قلنا أن البنك هو من يضع هذا العقد بنفسه ودون مشاركة الزبون الذي يقتصر دوره على التوقيع عليه، في ظل شروط تخدم مصلحة البنك وحده، فالتشريعات لم تقم بتنظيم هذه العقود على اعتبار أن فكرة النموذجية لا تؤدي إلى خلق نوع جديد من العقود، وإنما ما هي إلا وسيلة لصياغة تلك العقود وطريقة من طرق تحريرها، لهذا فإن مصطلح العقد النموذجي ليس مرادفا لعقد الإذعان[1]، على الرغم من كونه يؤدي إلى تجريد الطرف الذي ينضم إليها من حرية التعبير عن إرادته، ويفاجأ بها في اللحظة التي يبرم فيها العقد بما لا يتيح له فرصة الإطلاع عليها والتعرف على شروطها[2]، وهو ما يطرح التساؤل حول مدى اعتبار العقد المبرم بصدد عمليات التحويل البنكي الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان؟[3]

---

(1)- للمزيد من الإطلاع والتوسع حول التفرقة بين العقد النموذجي وعقد الإذعان أنظر:

- عبد المنعم فرج الصدة: عقد الإذعان، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، السنة الرابعة، ع 1 ، 1996، ص248 وما بعد
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 329وما بعد
- زهير بنحودة: : سلطة القاضي في عقود الإذعان، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الدراسية2002-2003 ،ص60
- أيمن سعد سليم : العقود النموذجية، م، س، ص 27
- سعيد سعد عبد السلام : التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، م، س، ص 59

(2)- حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، م.س.ص110

(3)- نشير إلى أن قانون الالتزامات والعقود المغربي جاء خاليا من أية إشارة إلى عقود الإذعان، عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة للقانون المدني الأردني الذي نص في المادة 104 أن " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها "، وهو نفس الأمر الذي جاء في المادة 100 من القانون المدني المصري، والمستفاد من هذه المواد أنها ترسم نطاقا محددا لعقود الإذعان فإذا ما توفر هذا الوصف في عقد من العقود وجب حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان مدينا كان أو دائنا بواسطة السلطات التي تمنحها نصوص قانونية أخرى للقضاء والتي تعتبر بحق استثناءات على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وعلى قوانين التفسير المعروفة.

ونشير في هذا السياق إلى أن ظهور عقود الإذعان كان نتيجة للتطورات الإقتصادية التي أدت إلى إختلال التوازن بين القوى الإقتصادية، وبالتالي إلى تفاوت خطير بين طرفي العقد من الناحية الإقتصادية، ولقد اتسعت دائرة هذه العقود إتساعا أدى إلى ظهور أفكار جديدة في المحيط التعاقدي، وقد عرف بعض الفقه عقد الإذعان بقوله" العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محددة النطاق في شانها"، فيما عرفه البعض الأخر على أنه " العقد الذي يعرض فيه الموجب شروطا تم إعدادها مسبقا أما بواسطته و أما من قبل الغير ولا يقبل التفاوض فيها مع المتعاقد الآخر"، أنظر في هذه التعريفات وتعريفات أخرى لعقد الإذعان :

- عبد المنعم فرج الصدة: عقد الإذعان، م، س، ص 243 وما بعد
- إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، م، س، ص 259
- رجب كريم عبدا لإله: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية،القاهرة، 2000 ص 169
- سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في عقود الإذعان، م، س، ص45 وما بعد

للإجابة على هذا التساؤل نشير بداية إلى أنه يشترط لاعتبار عقد ما من قبيل عقود الإذعان[1] أن ينفرد أحد المتعاقدين بتحديد شروطه، ويقتصر دور المتعاقد الآخر بالرضا بهذه الشروط دون مناقشتها، كما يشترط بالضرورة وجود شروط مجحفة بحق أحد الأطراف لكي يدخل العقد في نطاق عقود الإذعان، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يتوجب توافر مقومات ثلاث لوصف العقد بأنه عقد إذعان وتتمثل أولى هذه المقومات في أن يتعلق بسلع أو خدمات تعد من الضروريات بالنسبة للمستهلك، وثانيها أن يتمتع من يقدم هذه السلع أو الخدمات باحتكار قانوني أو فعلي وأخيرا أن يكون الإيجاب موجها إلى الجمهور كافة بشروط مماثلة ولمدة غير محددة[2].

والملاحظ أن التسمية العربية (عقود الإذعان) لا تعتبر سليمة لأن الإذعان يعتبر طريقة يتكون بها العقد وليس العقد نفسه، فيجب القول عقودا بالإذعان، لكن التسمية (عقود الإذعان) قد درج على إستعمالها وتوفر لها من قوة العادة ما لا يشجع على العدول عنها، أنظر:

- عبد المنعم فرج الصدة : في عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية ومقارنة ، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، 1946، ص83

(1)- أنظر فيما يشترط لإعتبار عقد ما من قبيل عقود الإذعان :

- حسن عبد الباسط جميعي: اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، م، س، ص112
- سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، م، س، ص60
- إدريس العلوي العبدلاوي : شرح القانون المدني، م، س، ص 158 وما بعد
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 229 وما بعد
- عبد المنعم فرج الصدة : في عقود الإذعان في القانون المصري، م، س، ص 60 وما بعد
- العربي مياد عقود الإذعان، م، س، ص41

(2)- ويلاحظ أن هناك توجه ثاني في الفقه وهو إتجاه حديث يوسع من نطاق مفهوم عقود الإذعان بالإكتفاء بوصف هذا العقد أنه من عقود الإذعان إذا إنفرد أحد طرفيه بتحديد شروط دون أن يكون للطرف الآخر حق التفاوض، وأن يتضمن العقد الذي يبرم على هذا النحو شروط مجحفة، فإذا توافر في العقد هذان الشرطان عد عقد إذعان، وليس شرطا أن يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية بالمستهلكين ولا أن يكون من ينفرد بتحديد شروط العقد في حالة إحتكار قانوني أو أن يتمتع بقدرة إقتصادية كبيرة كما لا يشترط أن يكون الإيجاب في عقود الإذعان عاما ولمدة غير محددة، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ شكري السباعي أن عقد البطاقات البنكية الذي يعتبر من قبيل عقود تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني هو عقد من عقود الإذعان حيث يقول في هذا الشأن " إن من المادة 329 من مدونة التجارة تجسد الممارسة العملية القائمة على إبرام عقدي إذعان، أو عقدين نموذجين وإن كان يتبين من صيغة النص أن الإتفاقين قائمين أو يرتكزان على مبدأ سلطان الإرادة، أي للأطراف حرية كاملة متساوية لتحديد شروط البطاقة أو وسيلة الأداء وكيفية إستعمالها "، أنظر في هذا الصدد :

- حسام الدين الأهواني: النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995 ص124
- نبيل إبراهيم سعد: نحو قانون خاص للائتمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص91
- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام بالإدلاء بالبيانات قبل التعاقدي، م، س، ص69
- رجب كريم عبد الإله: التفاوض على العقد، م، س، ص179
- شكري السباعي: الوسيط في الأوراق التجارية،آليات أو أدوات الوفاء،الشيك ووسائل الأداء ،دار المعرفة، الرباط، 1998،ص 413
- سعد محمد سعد: المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الإئتمان، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، الجزء الثاني، م، س، ص825

وبالتالي فإن مظاهر التشابه بين عقد تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني وعقد الإذعان تكمن في مسألتين، الأولى أنه في كل منهما ينفرد طرف بتحديد شروط العقد ويقتصر دور الطرف الآخر في الرضا بهذه الشروط من خلال التوقيع على العقد النموذجي المعد سلفا، أما المسألة الثانية أن كل منهما يتضمن شروطا مجحفة بحق الطرف الضعيف، لكن على الرغم من ذلك فإن هناك اختلاف جوهريا بينهما، يتمثل في أن عقد التحويل الإلكتروني لا يتعلق بسلعة أو بمرفق يعد من الضروريات كون نظام التعامل بأدوات التحويل لا يعد الوسيلة الوحيدة أمام الزبون، نظرا لوجود عدة وسائل أخرى، مثل التعامل بالشيك أو التعامل نقدا[1].

ونخلص من ذلك أن اختلاف عقد التحويل البنكي الإلكتروني عن عقود الإذعان على النحو السابق بيانه، يستبعد إمكانية شمول العميل بالحماية المقررة للطرف المذعن في عقد الإذعان، وبهذا لا يمكن لحامل البطاقة البنكية أن يطلب من القضاء تعديل الشروط المجحفة بالنسبة له ولا إنهاء العقد بسبب هذه الشروط[2]، كما أن تفسير بنود العقد في الحالة التي يكتنف أحد شروطه الغموض لا يمكن في كل الأحوال أن يفسر لمصلحته كما هو الحال بالنسبة للمذعن[3]، بل ستكون سلطة القاضي مقيدة هنا بإتباع القواعد العامة للتفسير التي بمقتضاها يفسر الشك لمصلحة المدين سواء كان هذا المدين هو العميل أو البنك[4].

---

(1)- وفي نفس التوجه يرى بعض الفقه أن أدوات التحويل البنكي الإلكتروني تقدم خدمة تسهيلية بحتة ولا يترتب على عدم إستخدامها حرج أو عسر، ومن هذه الناحية وإن كانت إرادة العميل ضعيفة بالنسبة لإرادة البنك فإن هذا الضعف لا يصل إلى حد العيب، لأن للزبون مندوحة في ترك التعامل بنظام التحويل الإلكتروني للأموال وليس ثمة ظرف يضطره إلى الإعتماد عليها، وإن كانت ذات فائدة له، لكن تبقى في هذا النوع من العقود إشكالية إحتكار البنك لهذا النوع من الخدمات، أنظر في ذلك :

- علي محمد الحسين الموسى : البطاقات المصرفية تعريفها وأنواعها وطبيعتها، مقال منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الخامس، م، س، ص 2005

(2)- تنص المادة 204 من القانون المدني الأردني " إذا تم الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

(3)- تنص المادة 240 من القانون المدني الأردني " 1- يفسر الشك في مصلحة المدين. 2 - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ".

(4)- لهذا نجد أن المحاكم تقوم بتطبيق المبدأ العام الذي يعد العقد المبرم قانونا شريعة المتعاقدين، فهو بمثابة القانون بين الأطراف، وبموجب هذا المبدأ لا يستطيع الزبون الطعن في العقد بعد توقيعه، ففي هذا الإطار جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة التميز الأردنية " حيث إن العميل هو الذي تقدم بطلب الحصول على بطاقة الفيزا كارد وانه وقع على الطلب وعلى الشروط المشار إليها أعلاه بعد موافقة البنك لإعطائه هذه البطاقة فإن ادعائه بان هذا العقد هو عقد إذعان يخالف الواقع والقانون، وحيث انه لم يبلغ البنك عن فقدان هذه البطاقة أو سرقتها ، فانه يعتبر قرينه على عدم صحة ادعاء العميل أن الفواتير المسحوبة على البطاقة الصادرة من الفلبين غير صحيحة وليست مشتراة من قبله لأنه لم يسافر إلى دوله الفلبين طالما أن كافة الفواتير تحمل رقم الفيزا الخاصة به، ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءاً بان العقد شريعة المتعاقدين وان حقوق العقد توجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليهما فيكون ما قام به البنك من قيد قيمة المطالبة المتعلقة بالغير متفقاً وأحكام هذا العقد.."

لكن إذا كانت فكرة عقود الإذعان لا تطبق على عقد تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني للأسباب السالف ذكرها، فإن العميل كطرف ضعيف لا يملك مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية، بحيث يكون في مركز غير متساوي مع البنك الذي ينفرد بتحديد شروط العقد، إستنادا إلى تفوق مركزه الاقتصادي والمعلوماتي يتمتع بصفة المستهلك[1] والحماية الممنوحة له في إطار نظرية عقود الاستهلاك، إذ أن هذه النظرية شأنها شأن نظرية عقود الإذعان تدور حول فكرة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية.

والحقيقة أن نظرية عقود الاستهلاك قد تكون أكثر حمائية للعميل من فكرة عقود الإذعان، ذلك إن هذه الأخيرة تعالج مظهرا واحدا من مظاهر الضعف الذي يعتري العميل وهو الضعف الإقتصادي، فهي تخاطب الطرف الضعيف باعتباره ضعيفا من الزاوية الإقتصادية فقط، فهو شخص يرضخ للتعاقد تحت وطأة الحاجة إلى السلعة أو الخدمة التي يحتكرها الطرف القوي[2]، بينما نظرية عقود الإستهلاك لا تعنى فقط بالتفاوت الإقتصادي

- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2004/814 والصادر بتاريخ 07/07/2004 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

كما جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث إن الفقرة الثانية من الفصل 6 من العقد الرابط بين الطرفين بخصوص تسليم واستعمال بطاقة السحب تنص على أن مسؤولية حامل البطاقة تنتفي في اليوم الموالي أي 24 ساعة من تاريخ تسلم الوكالة المفتوح بها الحساب بتصريح كتابي بالسرقة والوصل المسلم من طرف الشرطة، وحيث بالاطلاع على كشف الحساب المدلى به من طرف المدعية تبين أن عمليات السحب بواسطة البطاقة التي تمت منذ 2002/04/26 تبعا لتاريخ تسجيل القيمة بالكشف هما عمليتان الأولى تمت بتاريخ 2002/04/26 تهم سحب مبلغ 2000,00 درهم وعملية سحب بتاريخ 2002/04/29 بخصوص سحب مبلغ 2000,00 درهم، وحيث إن المبالغ المسحوبة بعد 24 ساعة من تاريخ التصريح الضياع تكون هي 4000,00 درهم فقط وليس 12.100,00 درهم...".

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/7064 والصادر بتاريخ 2003/06/23 (غير منشور).

والحقيقة أن القضاء يتجه إلى أن العقود التي تبرمها البنوك عموما لا تعتبر من عقود الإذعان فقد جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد " تعتبر عقود التسهيلات ، ومن ضمنها عقد الحساب الجاري، من العقود الرضائية ، لأن للشخص الذي يتعاقد مع البنك له الحرية الكاملة بالتعاقد من عدمه، ولا تعتبر هذه العقود من عقود الإذعان لأنها لا تتعلق بسلعة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين كعقود الكهرباء أو الاشتراك بالمياه أو أن القانون يوجب على الشخص الاشتراك بها، وليس هناك احتكار قانوني أو فعلي لهذه السلعة من قبل الموجب لها تجعل المنافسة فيها محدودة، فالذي يلجأ إلى البنك من اجل الحصول على تسهيلات ائتمانية له كامل الحرية والاختيار للتعاقد...".

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2004/3592 والصادر بتاريخ 20/05/2005 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية.

(1)- وفي نفس المعنى :

- أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م، س، ص191
- عبد الفتاح بيومي حجازي: المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ص45

(2)- فالحماية التي توفرها هذه النظرية للطرف المذعن تعتبر حماية جزئية أو ناقصة، فهي لا تعتد به إلا بوصفه طرفا ضعيفا من الناحية الإقتصادية ولا تقيم وزنا لضعفه الناتج عن جهله أو عدم خبرته باعتباره مستهلكا في ذات الوقت، ودليل ذلك أن نطاق الحماية يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد ولا يشمل مرحلة تكوينه، فالثابت أن عقود الإذعان لا تتضمن حماية خاصة لرضا المذعن فلا توفر وسائل لإعلامه وتبصيره بفحوى التزامه في هذه العقود بتفاصيلها على نحو مستنير، بل على العكس تكتفي باعتبار تسليم العاقد بالشروط ضربا من ضروب

الشديد بين البنك والعميل، وإنما تعالج أيضا التفاوت القائم بينهما من حيث المعرفة والخبرة بالجوانب الفنية والقانونية المتعلقة بالعقد[1].

وعقود الإستهلاك بدورها تعبر عن حالة من عدم التوازن العقدي بين المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة الذي يمتلك مركز غير متساوي مع المهني المنفرد بتحديد شروط العقد، إستنادا إلى تفوق مركزه الاقتصادي والمعلوماتي بدرجات تشير على تفاوت ملموس وفارق شاسع بينه وبين المستهلك، وهو ما يؤدي إلى بروز العديد من المظاهر التي تجسد حالة عدم التوازن تلك على مستوى العقد المبرم بين الطرفين.

المطلب الثاني

مظاهر عدم التوازن على مستوى العلاقة التعاقدية بين البنك والعميل

إن وضع البنك كطرف قوي من الناحية الاقتصادية والفنية والقانونية يهيمن على السوق ويحتكر تقديم خدمات التحويل الإلكتروني، أو على الأقل يسيطر عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، ويمتلك جميع المعلومات والمعارف المتعلقة بخصائص تلك الخدمات من الناحية المادية والقانونية، أدى إلى حدوث اختلال في التوازن بينه وبين العميل الطرف الضعيف في العقد، ويظهر هذا الاختلال بشكل واضح بالنظر للتفاوت في العلم ومعرفة المعلومات المتعلقة بالعقد (الفقرة الأولى)، وكذلك بغياب التفاوض حول بنود العقد مما يجعل البنك يقوم بتضمين العقد لشروط تخدم مصلحته وحده و تعتبر تعسفية ومجحفة في حق العميل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: انعدام المساواة من حيث المعرفة والخبرة

أدى التطور العلمي والتقدم التكنولوجي إلى اختراع العديد من الآلات والأجهزة التي ساعدت على وجود كم هائل ومتدفق من السلع والخدمات المعقدة فنيا، فأصبح المستهلك في مواجهة العديد من المنتجات ذات التقنيات العالية والحديثة ومنها مختلف أدوات التحويل البنكي الإلكتروني (البطاقات البنكية وأجهزة السحب النقدي الآلي والوفاء

القبول، ويرى بعض الفقه أن العصر الحديث يكاد لا يعرف الآن الطرف الضعيف أو المذعن من الناحية الإقتصادية بقدر ما يعرف الطرف الضعيف من حيث العلم والدراية بما سوف يقدم على التعامل بشأنه، ويخلص إلى نتيجة مؤداها أن التكهن في الإلمام بالمعلومات المتعلقة بالعقد يؤدي عادة إلى أن يفقد عدم التكافؤ الإقتصادي أهميته في مجال التعامل، أنظر في ذلك :

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 88
- Savatier (R); Les contrats du conseil professionnel en droit privé.D.1972.chron P.137.

(1)- وفكرة عقود الإستهلاك ظهرت نتيجة لظهور أفكار تدعو إلى توفير حماية اكبر من تلك التي توفرها عقود الإذعان حيث ينظر إلى الطرف الضعيف في العقد ليس بوصفه طرفا مذعنا على نحو يحد من نطاق حمايته، وإنما باعتباره مستهلكا، وهو اعتبار يسمح باستيعاب أكبر لمظاهر الضعف الذي يعتري المتعاقد، أنظر في ذلك:

- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام بالإدلاء بالبيانات قبل التعاقدي، م، س، ص 68
- حسن عبد الباسط جميعي : حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الإستهلاك، مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد 13، السنة 12 ، 1991، ص 263

الإلكتروني عن طريق الإنترنت)[1] ، وقد أدى ذلك إلى اكتشاف أن هناك جمهور كبير من المتعاملين ليست لديهم القدرة الكافية للإحاطة بظروف التعاقد وملابساته، سواء من حيث ملائمة السلعة محل العقد للأغراض المخصصة لها، أم من حيث خطورة السلعة محل الاستخدام، حتى أصبح في حكم المستحيل على أي متعاقد أن يدعي علمه بكافة التفاصيل والوثائق الفنية والقانونية المتعلقة بالعقد، مما جعل الاستفادة من مثل تلك الخدمات حكرا على المستهلك الأكثر وعيا واحترافا[2].

وعدم التكافؤ اتخذ صورة من صور عدم المساواة بين المراكز العقدية لكل من البنك والعميل الأمر الذي أدى إلى خضوع الطرف قليل الخبرة والدراية وهو العميل، للطرف الآخر ذو المعرفة الواسعة وهو البنك، فيقبل على إبرام العقد وهو جاهل إلى حد كبير بالجوانب الهامة المتصلة به[3]، والتي لو كان علم بها قبل التعاقد لكان له موقف آخر، وبالتالي وجد تزايد في درجة التفاوت في المعرفة بشكل ملحوظ بين البنوك وعملائها، أو بمعنى آخر يكون أحدهما على مستوى عال من الخبرة والإحاطة بكل المعلومات الجوهرية المتصلة بموضوع التعاقد وهو هنا البنك، بينما الآخر في مستوى متدني حيث يجهل جميع أو معظم هذه المعلومات.

فالبنك الذي تتوافر فيه صفة المهني أو الاحتراف يمتلك من الخبرات والوسائل التي تمكنه من العلم بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بعمليات التحويل البنكي الإلكتروني، وصفة الاحتراف من شأنها أن تشكل قرينة قاطعة للدلالة على علم البنك بجميع المعلومات المتعلقة بعقود تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني، فلا يمكن له الإدعاء بجهله بها[4]،

---

(1)- وفي هذا الإطار يشير بعض الفقه إلى أن الواقع المغربي اليوم يعرف عقود وتقنيات جديدة لا تخلو من بعض الآثار السيئة بالنسبة للمتعاقد الجاهل وإنها تختلف عن العقود المتداولة منذ زمن، أنظر في ذلك :

- بوعبيد عباسي: الإلتزام بالإعلام في العقود، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الدراسية 2002-2003 ص50 وما بعد

(2)- ويرى البعض أن إختلال المراكز التعاقدية بين المتعاقد القوي والضعيف أدى إلى مجموعة من النتائج منها، جهل المتعاقد الضعيف بالواقع أو بالقانون نتيجة لتعاقده خارج تخصصه، وصعوبة أو استحالة فهم الوثائق التعاقدية إما بسبب ضعف في المتعاقد أو نتيجة لسوء الصياغة، وإعتقاد المتعاقد الضعيف بصفة خاطئة إما بقانونية الشروط النموذجية أو بكونها موحدة في السوق، أنظر في ذلك :

- محمد الهيني : الحماية القانونية لطرف الضعيف في عقد التأمين البري، م، س،ص 5-6
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 192
- Boudahrain (A) :Le droit de la consummation au Maroc, Ed Almadariss , 1999 , p 144

(3)- أنظر في ذلك :

- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 201
- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، السنة الدراسية 1995-1996 ص 122 وما بعد

(4)- وفي نفس الإتجاه:

- عبد العزيز مرسي حمود: الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة دراسة مقارنة، طباعة كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2005 ص 103

حيث يفترض معرفته بجميع المعلومات المتصلة بالعقد المراد إبرامه، الجوهرية منها وغير الجوهرية، الفنية وغير الفنية، البسيطة والمعقدة، كنتيجة طبيعية وقاطعة لافتراض علمه وإلمامه بكل ما يتعامل فيه ويدخل في نطاق مهنته[1].

أما بالنسبة للعميل فعادة ما يعتريه نوع من الضعف ناتج عن جهله بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، لجهله بالشيء محل التعاقد بحيث يكون من المستحيل عليه العلم بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد، وهذه الاستحالة إما أن تكون ناتجة عن ظروف موضوعية لها علاقة بالشيء محل العقد، أو أن تكون ناتجة عن ظروف شخصية ترتبط بالعميل نفسه من حيث كونه شخصا بسيطا قليل الخبرة والمعرفة بموضوع العقد[2].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه في العديد من الحالات لا يكون العميل قد اطلع على الشروط النموذجية التي تنظم العمل بأداة التحويل البنكي الإلكتروني حيث إن موافقته عليها تكون بمقتضى إحالة في العقد الذي يوقع عليه تحيل على بنود أخرى إما أن تكون مطبوعة على ظهر العقد أو تكون ملحقة به في مطبوع خاص، وعادة ما تكون الإحالة صريحة وواضحة ويقصد بها أن موافقة الزبون على هذا البند يعني موافقته على البنود الأخرى المحال عليها، وقد وضع القضاء الفرنسي شروطا حتى تقبل الإحالة تلك ويعتبر الزبون موافقا على العقود النموذجية تلك حتى ولم يوقع عليها مباشرة، وهذه الشروط هي أن تكون الإحالة صريحة، ثم ضرورة أن يعلم الزبون بالإحالة وقت التعاقد، وأن يتم التذكير بها في صلب العقد الموقع عليه، أنظر في هذا الصدد :

- Cass.Civ 3 mai 1979 Dalloz 1980 p 262
- أشار إليه أيمن سعد سليم : العقود النموذجية، م، س، ص 56
- رجب كريم عبد الإله: التفاوض على العقد، م، س، ص 178

وقد جاء في هذا الإطار في قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية " إذا كان عقد الحصول على بطاقة فيزا وثيقة من وثائق البنك المميز ضده قدمها كبينة له ويحمل توقيع المميز، فان القول بأن العقد غير موقع من المميز ضده قولاً جدلياً وغير منتج عملاً بما نصت عليه المادة 213 من القانون المدني من أن (الأصل في العقود رضا المتعاقدين وما إلتزماه في التعاقد) ثم أن شروط استعمال بطاقة الائتمان موقعة من المميز "

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2006/321 والصادر بتاريخ 02/04/2006 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)- أما بخصوص المعلومات التي يجهلها البنك فإنه يجب عليه الإستعلام عنها وإعلام العميل بها لتمكين هذا الأخير في الدخول في العقد وهو على بينة من أمره ويوصف هذا الإلتزام، بالإلتزام بالإستعلام من أجل الإعلام، للمزيد من الإطلاع والتوسع حول هذا الموضوع أنظر:

- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 258 وما بعد
- رجب كريم عبد الإله: التفاوض على العقد، م، س، ص440
- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام بالإدلاء بالبيانات في مرحلة التعاقد، م، س، ص246
- محمد إبراهيم الدسوقي: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص132 وما بعد
- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 282

(2)- والأصل أن يقوم الشخص ببذل جهد للتحري عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد والتي من شأنها أن تؤثر على رضائه بإبرامه، وهو ما يعرف بواجب الاستعلام، لكن هناك من الإعتبارات ما تجعل قيام المتعاقد بها الأمر مستحيلا بحيث يصبح جهله بهذه البيانات جهلا مشروعا، بما يتطلب ضرورة حمايته في مواجهة الطرف الأخر، أنظر في ذلك :

- محمد إبراهيم دسوقي : الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 32 وما بعد
- حسن عبد الباسط جميعي : أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، م، س، ص 99 وما بعد
- نزيه محمد الصادق المهدي : الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، م، س، ص 81 وما بعد
- خالد جمال أحمد : الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 297

ويقصد بالاستحالة الموضوعية عدم قدرة العميل على العلم بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالشيء محل العقد المراد إبرامه[1]، سواء كانت هذه المعلومات والبيانات تتعلق بوضع الشيء القانوني أو المادي أم بطرق استخدامه، فالحيازة المادية للشيء محل العقد (أداة التحويل البنكي الإلكتروني) تكون بواسطة البنك، حيث يستحيل على الزبون العلم الحقيقي بطبيعة أداة التحويل وأوصافها قبل إبرام العقد مع البنك واستلامها منه، لأن أدوات التحويل بكافة أنواعها والتي تقوم بتشغيل الحساب البنكي الخاص بالعميل تكون في هذه المرحلة في حيازة البنك وتحت سيطرته وهيمنته بالقدر الذي يحجب على طالبها سبيل الاستعلام عنها لمعرفة المعلومات الهامة والجوهرية المتصلة بها[2].

أما الاستحالة الشخصية فيقصد بها استحالة العلم بالبيانات محل العقد لأسباب تتعلق بشخصية طالب العميل، وتتمثل في عدم خبرته في مجال العقد المراد إبرامه، خاصة في المجالات الفنية المعقدة التي يكون البنك خبيرا فيها، لكن بما أنه لا يمكن اعتبار جميع عملاء البنوك متساويين من حيث الكفاءة الذاتية والخبرة فيما يتعلق بموضوع عقد تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني فإنه يثار التساؤل حول المعيار المتخذ لتقدير وجود الاستحالة الشخصية لدى المتعامل مع البنك فيما يتعلق بجهله للمعلومات المرتبط بمحل العقد سوء من الناحية القانونية أو الفنية؟

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 38

(1)- بصفة عامة يحدث ذلك في العقود التي يلتزم فيها أحد الراغبين في التعاقد بإعطاء الشيء في حيازته للطرف الأخر، فيقع على عاتق الأول إلتزام بالإعطاء في مواجهة الثاني كما هو الحال في عقد البيع وعقد الإيجار وعقد العارية، في هذه العقود يتعذر على المتعاقد الحصول على المعلومات المتعلقة بالشيء فيصبح جهله مشروعا،أنظر في ذلك :

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 39
- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقدي للإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، م، س، ص108
- محمد إبراهيم دسوقي : الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص140
- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 302

(2)- ويتخذ هذا النوع من الجهل بالشيء محل العقد عدة صور بشكل عام، فقد يرتد إلى الجهل بالحالة القانونية للشيء من حيث كونه مثقلا بتكاليف عينية أو بحقوق شخصية، وقد يرجع إلى الجهل بالأوصاف المادية للشيء التي قد تدفع المتعاقد إلى حسم أمره وإبرام العقد، كما أن وجود عيب خفي في الشيء يعد سببا لإضعاف المتعاقد لجهله به، وقد يكون المتعاقد عالما بالحالة القانونية للشيء، لكنه يجهل طريقة إستعماله إذا ما كان من الأمور التقنية الحديثة أو تترتب عنه مخاطر معينة في استخدامه، أنظر في هذا الصدد :

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 40
- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقدي للإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، م، س، ص 88

بصدد الإجابة عن هذا التساؤل فقد تردد الفقه[1] بين الأخذ بمعيار شخصي محض يعتد فيه بكافة الظروف الشخصية للمتعاقد الضعيف دون مقارنته بمسلك الرجل المعتاد، مع مراعاة ظروف وأحوال الشخص المقبل على التعاقد، من حيث مدى قدرته أو كفاءته في الحصول على المعلومات اللازمة لإبرام العقد، وبين الأخذ بمعيار موضوعي مجرد تقاس فيه هذه الاستحالة على ضوء معيار الرجل المعتاد، فيجب على العميل أن يثبت أنه بذل العناية التي يبذلها الرجل المعتاد في محاولته لمعرفة المعلومات المتعلقة بالعقد أو الشيء محل التعاقد.

لكن الاعتماد على أحد هذين المعيارين دون الآخر سيؤدي إلى آثار سلبية تلحق أضرارا بليغة بأحد طرفي العقد، فاعتماد المعيار الشخصي وحده سيؤدي إلى تقاعس الزبون قليل الخبرة عن محاولة معرفة المعلومات المهمة بالنسبة إليه، مما يحمل البنك دون خطأ منه تبعة تعاقده مع شخص على مستوى ضعيف من الدراية والكفاءة، كما أن اعتماد المعيار الموضوعي وحده وإن كانت فيه مصلحة للبنك، إلا أن من شأنه أن يضر بالعميل إذا ما منعته ظروفه الشخصية و أسبابه الخاصة من العلم ببيانات العقد والمعلومات المرتبطة به[2].

لذلك يميل الرأي الغالب في الفقه[3] إلى المزج بين المعيارين الشخصي والموضوعي عند تقدير مدى استحالة علم المتعاقد بالبيانات العقدية بسبب ظروفه الشخصية، لتفادي الآثار السلبية آنفة الذكر عند الاعتماد على معيار واحد من هذين المعيارين، على أن يراعى في ذلك تغليب جانب المعيار الشخصي على الجانب الموضوعي فيكون التركيز

---

(1)- أنظر في شرح وتحليل كل من المعيارين الشخصي والموضوعي والتوجهات الفقهية في هذا الإطار :
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 242
- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 39
- نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقدي للإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، م، س، ص108
- محمد إبراهيم دسوقي : الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص140
- خالد جمال أحمد: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 302

(2)- وفي نفس الإتجاه أنظر:
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 243
- خالد جمال أحمد: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 321
- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 39

(3)- ووفقا لهذا الإتجاه قد تعتبر استحالة العلم مشروعة بالنسبة لمتعاقد بينما لا تعد كذلك بالنسبة لآخر بسبب اختلاف الظروف الموضوعية التي تحيط بإبرام العقد، وتظهر أمثلة الاستحالة الشخصية بصورة جلية في العقود التي يبرمها الأشخاص العاديين مع المهنيين حيث يتدنى مستوى الخبرة بموضوع العقد لدى الشخص البسيط غير المهني، أنظر في بعض أنصار هذا التوجه :
- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 39
- محمد إبراهيم دسوقي : الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص140
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 243
- خالد جمال أحمد: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 321
- نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام بالإدلاء ببيانات في مرحلة التعاقد، م، س، ص96

من البداية على المعيار الشخصي في تقدير ظروف العميل الشخصية مع الحد من غلو إطلاقه بتطبيق بعض قواعد المعيار الموضوعي.

ووفقا لذلك يتم الاعتداد بكفاءة ودراية هذا العميل الخاصة في ضوء كافة الظروف الموضوعية الملابسة للمعاملة والمحيطة بمركز العميل وخاصة مهنته وأوصافه المجردة بكونه محترفا ومن المفروض أن يكون ملما بحد أدنى من المعرفة والدراية ببيانات العقد المراد إبرامه ولا سيما إذا ما كان يدخل في نطاق حرفته واختصاصه.

وهناك العديد من الحالات التي تتوافر فيها لدى العميل أسباب ومبررات شخصية تحول دون علمه بالمعلومات المتعلقة بأدوات التحويل البنكي الإلكتروني أو تعفيه من العلم بها، فحالة انخفاض وتدني المستوى العلمي والمعرفي للعميل بخصوص الجانب التقني والمعلوماتي، تجعل منه طرفا ضعيفا وتشكل أحد الضرورات العملية التي تدعو إلى حمايته من عدم التكافؤ الحاصل بينه وبين البنك[1]، كما أنه لا يمكن أن نطلب من العميل معرفة المعلومات ذات التقنية العالية التي يتعذر أن لم يستحيل على غير المتخصص فيها العلم بدقائقها والإحاطة بطرق استعمالها بوسائله الخاصة، ويجب أن يراعى عجزه كشخص بسيط عن العلم بالمعلومات التقنية الدقيقة التي لا يحيط بها إلا ذوي الخبرة والدراية.

إضافة إلى ذلك فإن عقود تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني تعتبر من العقود النموذجية تتسم بإنفراد وسيطرة البنك على وضع شروطها، نظرا لما يتمتع به هذا الأخير من قوة اقتصادية كبيرة تكفل له الهيمنة في مرحلة تكوين العقد وإبرامه، وما على الزبون إلا أن يقبل العقد برمته أو يرفضه برمته، فليست له حرية مناقشة أو طلب تعديله[2]، لهذا فمن الطبيعي أن يودع الزبون ثقته في البنك، نظرا لما يتمتع به هذا الأخير من مقومات العلم والدراية فضلا عن قوته الاقتصادية، فينتظر منه أن يزوده بتلك المعلومات دون أن يكلفه مشقة البحث والاستعلام عنها[3].

---

(1)- أنظر في ذلك:
- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 322
- رجب كريم عبد الإله: التفاوض على العقد، م، س، ص 443

(2)- لقد أضاف التقدم العلمي والتكنولوجي الذي لحق الحياة المدنية المعاصرة لأصحاب المراكز الإقتصادية قوة جديدة إلى جوار قوتهم الإقتصادية، ألا وهي القوة العلمية التي تكفل لهم الإلمام الشامل والدراية الكافية بكل ما يتصل بالعقود التي يبرمونها من معلومات، الأمر الذي ساعد على أن يتخذ الإذعان طابعا مزدوجا يكون فيه أحد طرفي العقد على مستوى عال من العلم والدراية بالمعلومات المتصلة بالعقد، فضلا عن مركزه الإقتصادي المتميز في حين أن الطرف الأخر شخص بسيط ذو مكانة متواضعة من حيث المركز الإقتصادي ومن حيث مستوى الدراية والمعرفة بالمعلومات المتصلة بالعقد.
- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 327

(3)- وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن أحد الطرفين عندما يضع ثقته في قرينه ليس في حاجة إلى إثبات أنه كان يستحيل عليه أن يستعلم من تلقاء نفسه إذ أنه ينتظر من هذا الأخير أن يقدم له كافة البيانات الضرورية، وهذا النوع من الثقة يختلف عن اعتبارات حسن النية التي يجب أن تسود المعاملات في مختلف مراحلها، سواء ما تعلق منها بمرحلة المفاوضات، أم ما تعلق بمرحلتي إبرام العقود وتنفيذها، ويذهب بعض الفقه إلى أن المقصود

الفقرة الثانية: إدراج البنك لشروط عقدية مجحفة في حق العميل

سبق وأشرنا أن الأصل في إبرام العقود أن يتم بعد مفاوضات بين الأطراف المتعاقدة في جو من الحرية الكاملة وعلى قدم المساواة بينهما وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية، لكن نظرا للسرعة التي يتم فيها إبرام العقود بين البنوك وعملائها، وكذلك القوة التي يتمتع بها البنك ونفوذه الاقتصادي[1]، فإن تلك العقود توضع بصفة إنفرادية من قبل البنك على شكل نماذج أو عقود نمطية، يدرج فيها شروطا تم وضعها مسبقا وبدون حرية مناقشة لها ومن جانب واحد، هذه الشروط عادة ما تكون مجحفة بالنسبة للعملاء والذين لم تتوافر لديهم الحرية الكاملة في مناقشتها، وبالتالي تعتبر كثير منها من قبيل الشروط التعسفية.

والشرط التعسفي هو الذي يفرضه البنك على عملائه مستغلا نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، سواء كانت هذه الميزة متصلة بموضوع العقد أم بأثر من آثاره، مما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن بين طرفي العقد، وفي هذا الإطار يرى بعض الفقه[2] أنه من الصعب تحديد فكرة الشرط التعسفي، وإنما يمكن الوقوف عليه من خلال فحص المبادئ النموذجية للشروط المدرجة في الإتفاقات المقترحة عادة من طرف المهني ذو النفوذ الإقتصادي في مواجهة الطرف الضعيف.

وعلى العموم فإن أغلب التعريفات التي قيلت في هذا الصدد تتفق على أن الشرط التعسفي يكون مدرجا في عقد بين طرفين أحدهما مهني والآخر مستهلك، ومحرر مسبقا من طرف الأول مستغلا تفوقه الاقتصادي وبشكل يعطيه ميزة فاحشة[3]، وبناءا على ذلك

بالثقة التي تحدث هذا الأثر ليس مجرد واجب حسن النية في صورته البسيطة، و إنما هي ثقة خاصة تقود صاحبها إلى عدم الشك في سلامة قرينه، وللمزيد من الإطلاع حول الجهل المستند إلى إعتبارات الثقة المشروعة، أنظر:

- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 246
- رجب كريم عبد الإله: التفاوض على العقد، م، س، ص 442
- خالد جمال أحمد: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 324
- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، م، س، ص183

(1)- بسبب إختلال ميزان القوى في العلاقة التي تقوم بين المهني من جهة والمستهلك من جهة أخرى فإنه من غير الممكن أن يترك مجال واسع لتطبيق مبدأ سلطان الإرادة وحريتها على إعتبار أنه كاف لتحقيق مصالح الطرفين، فلا يمكن للمستهلك في أي حال أن يقف وقفة الند للند في علاقته مع المهني الذي يتمتع بالخبرات والقدرات التي تؤهله للسيطرة على العقد من البداية إلى النهاية، أنظر :

- جمال النكاس : حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي ، مقال منشور بمجلة الحقوق السنة الثالثة العدد 2، يونيو 1989 ص 97

(2)- أنظر في ذلك :

- السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، م، س، ص 33
- سعيد سعد عبد السلام : التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، م، س، ص 51

(3)- فعلى سبيل المثال عرف بعض الفقه الشرط التعسفي على أنه " الشرط المحرر مسبقا من جانب الشخص ذو النفوذ الإقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"، كما عرفه البعض الآخر على انه " الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"، أنظر في ذلك :

فإن الشرط التعسفي يقوم على عنصرين، أحدهما شخصي يتمثل في التعسف في استخدام النفوذ الإقتصادي[1]، والآخر موضوعي يتمثل في عدم التوازن في الالتزامات الناتجة عن هذا الشرط.

ويتجلى العنصر الشخصي في القوة الفنية والاقتصادية والقانونية التي يتمتع بها البنك انطلاقا من واقع خبرته واحترافه ومعرفته المعمقة بكل جوانب العملية التعاقدية، وأيضا بحكم تخصصه الذي يخوله فرض إرادته وشروطه على العميل الطرف ضعيف الخبرة والتجربة والكفاءة في العقد، فالقوة تكمن في السيطرة الفنية والتقنية التي يملكها البنك لا قوته الاقتصادية وحسب[2]، وهذا التفوق الفني هو الذي يمكنه باعتباره مهنيا من فرض شروط تعسفية لأنه عادة ما يقوم بإبرام العقود والصفقات ويعرف جيدا الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، ويعرف أيضا ما يجري به العمل في مهنته ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها ويفرض الشروط التي يراها مناسبة على العميل[3].

أما العنصر الموضوعي للشرط التعسفي فيتمثل في الميزة الفاحشة أو المفرطة التي يحصل عليها المهني على حساب المستهلك نتيجة لهذا الشرط، ولا ينظر في تقدير هذه

- سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، م، س، ص 51
- Calais-Auloy (J): Droit de la consommation, Dalloz 3eme Ed 1992. P134

(1)- ويوصف هذا العنصر بأنه شخصي لأن استخلاصه يتم من الصفة الشخصية الخاصة بأحد أطراف العقد، أنظر في ذلك :

- أستاذنا ادريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون،عدد 3، يونيو 2001ص69

(2)- حيث نجد أن البنك يمتلك القوة الاقتصادية التي تجعله طرفا قويا في العقد بحكم وضعه الإقتصادي، وبالتالي يفرض شروطا تعسفية على العملاء، أما القوة القانونية فتتمثل بالعلم بالمقتضيات التشريعية نتيجة لتوفره على كادر قانوني متخصص يعمل على التفنن في تعقيد أسلوب صياغة نموذج بحيث يصعب على العميل فهم آثاره عند التعاقد، أو يعمد إلى كتابته بأحرف صغيرة تصعب قراءتها، أو يقوم بكتابة شروط مهمة في مجالات هامشية في العقد مما قد يدفع العميل إلى العزوف عن قراءة العقد لأنه لا يرى في ذلك نفعا، أما القوة الفنية فتعود إلى تجربته وخبرته الفنية في قواعد وخبايا الأمور المرتبطة بمهنته، وخاصة في المجال الإلكتروني خلافا للعميل الذي يجهل في غالب الأحيان مثل هذه الأمور الفنية، أنظر في ذلك :

- محمد الهيني : الحماية القانونية لطرف الضعيف في عقد التأمين البري، م، س، ص 135

(3)- أنظر في نفس المعنى :

- أستاذنا ادريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م، س، ص 70

وتجدر الإشارة إلى أن إستخدام عبارات التعسف في استخدام النفوذ الإقتصادي في العنصر الشخص للشرط التعسفي قد تدعو إلى الإعتقاد بأن الأمر يتفق مع فكرة التعسف في استعمال الحق من خلال الإنحراف بالغاية الإجتماعية للحقوق بشكل يؤدي إلى إيقاع الضرر بالمستهلك، لكن هناك من يرى من الفقه-وبحق- أنه يصعب القول بأن الإنفراد بصياغة العقود وتحديد مضمونها سلفا للمستهلكين يعد حقا شخصيا للمحترف لا يجوز له إساءة استعماله، ذلك أن الإنفراد بصياغة العقود لا يعدو أن يكون سلطة واقعية وليس سلطة يخولها القانون للمحترف، لذا فالقول بأن حظر الشروط التعسفية يشكل تطبيقا لفكرة التعسف في استعمال الحق أمر لن يخلو من النقد، أنظر في ذلك :

- Ghestin (J) : L'abus dans les contrats , Gaz.Pal , 1981 p 383

الميزة إلى الجانب المالي وإنما العبرة بعدم التوازن في الالتزامات بين الطرفين[1]، سواء بالمبالغة في فرض التزامات على المستهلك أو بالتخفيف من التزامات المهني، من خلال نظرة كلية إلى مجموع الشروط الواردة في العقد والظروف المحيطة بالتعاقد لا من خلال النظر إلى شرط بعينه، فالعقد قد يتضمن شروطا أخرى في صالح المستهلك من شأنها إعادة التوازن إلى مجراه الطبيعي[2].

وقد كان المشرع الفرنسي ينص صراحة من خلال تعريفه للشرط التعسفي في الفقرة الأولى من المادة 132 من قانون رقم 78-23 بشأن حماية وإعلام المستهلكين على ضرورة وجود كل من العنصرين الشخصي والموضوعي في الشرط لاعتباره تعسفيا[3]، وبناءا على ذلك إذا ما استغل البنك نفوذه الإقتصادي بأن فرض على العميل شرطا حصل بموجبه على مزية مفرطة كان هذا الشرط تعسفيا، ولا شك أن تحديد عناصر الشرط التعسفي على هذا النحو أمر يعكس بجلاء أن الشرط لا يكون تعسفيا إلا نتيجة لضعف العميل الناتج عن تدني مركزه الإقتصادي في مواجهة البنك، فهذا الضعف الإقتصادي هو وحده الذي أدى إلى قيام البنك بوضع هذا الشرط.

لكن الأمر بات مختلفا بعد قيام المشرع الفرنسي بتعديل المادة السابقة بمقتضى قانون رقم 95-96[4] حيث لم تتضمن المادة المعدلة الإشارة إلى إساءة استعمال النفوذ الإقتصادي كعنصر لازم لقيام الشرط التعسفي، وإنما أشار المشرع إلى العنصر الموضوعي فقط والذي يستوجب وجود تفاوت ظاهر بين حقوق والتزامات كلا الطرفين

---

(1)- أنظر في ذلك :
- أستاذنا إدريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م، س، ص 70
- أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، م، س، ص 222
- حمد لله محمد حمد لله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997 ص59
- عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، م، س، ص268

(2)- أنظر في ذلك :
- أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، م، س، ص 262
- محمد الهيني : الحماية القانونية لطرف الضعيف في عقد التأمين البري، م، س، ص 138

(3)- هذا القانون صدر بتاريخ 10 يناير 1978 وقد أصبح من بعد جزءا من تقنين الإستهلاك الفرنسي، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 132 من على أن "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين.....وذلك عندما تكون هذه الشروط مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بسبب إساءة إستغلال النفوذ الإقتصادي للطرف الأخر وتخول الأخير مزية مجحفة....".

(4)- والصادر في أول فبراير 1995، حيث جاء هذا التعديل لموافقة التوجيه الأوروبي رقم 13/93 الصادر في 5 إبريل عام 1993 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين والذي جاء في الفقرة الأولى من المادة 3 منه " الشرط العقدي الذي لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية يعتبر شرطا تعسفيا، وذلك عندما ينشئ، خلافا لما يقتضيه حسن النية، وضد مصلحة المستهلك تفاوتا جليا بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد"، أنظر في هذا التوجيه:

- Trochu (M): Les clauses abusives dans le contrats conclus avec les consommateurs, D, 1993 , p 315
- Paisant (G): Propositions pour une reformed u droit des clauses abusives, J.C.P, 1994 p 377

في العقد[1]، وهو نفس ما جاء به المشرع المغربي بدوره في تعريفه للشرط التعسفي الوارد في المادة 15[2] من القانون رقم 08-31 والمتعلق بتدابير حماية المستهلك.

وقد جاء إلغاء عنصر استغلال النفوذ الإقتصادي نتيجة لكون إثباته يعتبر مرهقا للمستهلك نظرا لأنه يعتبر أمرا نفسيا من الصعب إثباته في كثير من الحالات، لهذا فرغبة من المشرع الفرنسي في التخفيف على المستهلك لم يشترط سوى إثبات التفاوت الظاهر ضد مصلحته في التزاماته مع المهني أي إثبات العنصر الموضوعي فقط[3]، وإن كان هناك من الفقه[4] من يرى بأن هذا العنصر يرتبط بعلاقة سببية مع العنصر الشخصي بحيث يعد هذا الأخير نتيجة طبيعة للعنصر الأول، فالتفاوت الشديد في الإلتزامات يأتي نتيجة لاستغلال النفوذ الإقتصادي، وبالتالي فإن المشرع الفرنسي لم يلغي العنصر الشخصي وإنما افترضه من توافر العنصر الموضوعي.

وتجدر الإشارة إلى أن طبيعة العقد إن كان من زمرة عقود الإذعان أم لم يكن كذلك، لا تعتبر مما يؤثر على اعتبار أحد الشروط الواردة فيه من قبيل الشروط التعسفية في التشريعين المغربي والفرنسي[5]، فمتى ورد الشرط في أحد عقود الاستهلاك وتوافرت فيه العناصر المطلوبة يعتبر شرطا تعسفيا بصرف النظر عن كون العقد عقد إذعان أو مساومة طالما أنه أبرم بين مهني ومستهلك، ومهما كان نوع المستند الذي يجري إدراجه فيه، فيستوي أن يرد هذا الشرط في طلبات الشراء أو الفواتير أو التذاكر أو غيرها من المستندات، ولا شك أن هذا الحل يوفر حماية أكبر للمستهلك[6].

---

(1)- وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 132 المعدلة على أنه " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر شروطا تعسفية الشروط التي يكون من شأنها أن تنشئ، ضد مصلحة غير المهني أو المستهلك، تفاوتا ظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد"

(2)- وقد نصت المادة 15 على أنه "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين الموردين والمستهلكين كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه إختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك "، أما في التشريع الأردني فإن مشروع حماية المستهلك الأردني لعام 2006 لم يقم بتعريف الشرط التعسفي.

(3)- أنظر في ذلك :

- محمد الهيني : الحماية القانونية لطرف الضعيف في عقد التأمين البري، م، س، ص 138
- Pizzio (J.P): Code de la consummation, Daloz 2eme Ed, 1996 , p202

(4)- أنظر في هذا التوجه :

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 115
- حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، م، س، ص 58
- Calais-Auloy (J) et Stienmetz (F) : Droit de la consummation, Op.Cit, p 203

(5)- على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للتشريع الأردني الذي لم يضع قانون خاص بحماية المستهلك، ولهذا فإن تنظيمه للشروط التعسفية كان محصورا في العقود التي تعتبر من قبيل عقود الإذعان، وهو ما لا يوفر حماية للزبون المتعامل مع البنك خصوصا إذا ما علمنا أن القضاء الأردني لا يعتبر عقود التحويل البنكي الإلكتروني من عقود الإذعان.

(6)- أنظر في ذلك :

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 117
- حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، م، س، ص 77

ووفقا للعقود المبرمة بين البنك والعميل بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، يمكن ملاحظة أنها تتضمن مجموعة من الشروط التي يراعى فيها البنك مصلحته، ويؤدي العمل بها إلى إحداث نوع من الإختلال في التوازن العقدي لمصلحته وعلى حساب مصلحة الزبون، لهذا فإنها تدخل في مفهوم الشروط التعسفية ومنها ما يتعلق بتحديد المسؤولية والإعفاء منها[1]، والشروط التي يتنازل فيها العميل عن حقوقه[2].

وعلى أي حال فإن رضا العميل بالعقد يتأثر سلبا بسبب الظروف الإقتصادية والاجتماعية التي لابست التعاقد، فهو يرضى بالتعاقد مع عدم رضاه في نفس الوقت بالشروط القاسية التي يتضمنها تحت ضغط إرادة البنك القوية، فينعدم إختياره في هذه الشروط ومن ثم يكون مرغما على القبول بها فينشأ وضع غير عادل في العقد يخل بتوازنه، لهذا فقد أصبحت التشريعات في ظل هذه الوضعية مدعوة إلى توفير السبل الكفيلة بإعادة التوازن للعقد وتوفير حماية للعميل الطرف الضعيف.

المبحث الثاني

الوسائل القانونية لحماية العميل

إن إعادة التوازن للعلاقة بين البنوك وعملائها تقتضي قيام القانون بوظيفة إجتماعية غايتها حماية الطرف الضعيف في تلك العلاقة[3]، عن طريق خلق الوسائل التي تضفي

---

(1)- وعلى سبيل المثال تنص المادة 11 من الشروط العامة المتعلقة ببطاقة البنك الشعبي بالمغرب " ...ويبقى البنك خارج نطاق أي نزاع قد يحصل بين الحامل والتاجر ، كما أن البنك لا يتحمل أية مسؤولية في حالة ما إذا رفض التاجر قبول بطاقة الأداء لأي سبب كان "، وكذلك تنص المادة 4 من الشروط والأحكام الخاصة بحملة بطاقة فيزا الصادرة عن بنك القاهرة عمان على أنه " يقر حامل البطاقة بإعفاء البنك من أي مسؤولية مهما كانت تنشأ بسبب رفض أي شخص إعتباري أو معنوي التعامل معه بالبطاقة" ، كما تنص الفقرة الرابعة من الفصل التاسع من الشروط العامة لبطاقة روبي – ماستر كارد على أنه " لا يمكن لمصرف المغرب بأي حال من الأحوال أن يسأل عن نتائج الإستحالة على صاحب البطاقة بأن يستعمل الأجهزة على إثر عطب أو عن إستعمالها السيئ ".

(2)- على سبيل المثال أنظر نص المادة 5 من الشروط العامة لعقد الحامل الخاص ببطاقة البنك الشعبي بالمغرب ، والمادة 19 من الشروط والأحكام الخاصة بحملة بطاقة فيزا الصادرة عن بنك القاهرة عمان، والمادة 17 من عقد بطاقة فيزا انتر بنك المغرب.

(3)- إن وسائل حماية الطرف الضعيف في العقد تتخذ عدة صور، فهذه الوسائل قد تكون قانونية أو قضائية أو إدارية، فالوسائل القانونية تتمثل في إصدار القوانين والتشريعات التي تحمي الطرف الضعيف، فمن المعرف أن القواعد القانونية التي تنظم التعاقد بصفة عامة هي قواعد مكملة، مما يسمح للطرف الذي يشغل مركزا قانونيا قويا بأن يفرض الحلول التي تحقق مصالحه إضرار بالطرف الضعيف، ومعنى ذلك أن وسيلة المشرع لحماية الطرف الضعيف تتمثل في التنظيم الآمر لمضمون العقد، أي أن يقوم بتحديد حقوق والتزامات الطرفين بمقتضى قواعد آمرة لا مكملة وهو ما يؤدي إلى إنشاء نظاما عاما حمائيا على حساب مبدأ حرية التعاقد، وقد جرى إستخدام هذا الأسلوب في نطاق عقود معينة كعقد التأمين والعمل على سبيل المثال، أما على مستوى الحماية القضائية فإن المشرع يستطيع أن يمنح للقضاء سلطة في مواجهة العقود التي يقوم بإبرام أطراف يستغلون مراكزهم القوية للحصول على إمتيازات في مواجهة أشخاص لا يملكون الوسائل الشخصية أو الموضوعية لحماية أنفسهم من ذلك وقد قامت العديد من التشريعات ومن بينها التشريعين الأردني والمصري باستخدام هذه الوسيلة لحماية الطرف الضعيف في نطاق عقود الإذعان كما سلف وبينا، أما فيما يتعلق بوسائل الحماية الإدارية

الثقة على المعاملات العقدية عموما، وتقرير مجموعة من الإلتزامات على عاتق الطرف الأكثر قوة في العقد سواء من الناحية القانونية أو الإقتصادية أو الفنية.

وحتى تكون هذه الحماية فاعلة يجب أن تمتد لتشمل جميع مراحل العلاقة بداية من تكوين العقد من خلال تبصير العميل بمكونات العقد المزمع إبرامه، ليكون رضاه خاليا من الشوائب عن طريق إلزام البنك بتزويده بجميع المعلومات والبيانات المتعلقة بكافة الجوانب القانونية والتقنية للمعاملة (المطلب الأول)، كما يجب أن تمتد هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذ العقد لتلافي أي تعسف من طرف البنك في تحديد مضمونه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التزام البنك بإعلام العميل

تقتضي القواعد العامة للتعاقد أن يقوم العميل بالتحري بنفسه عن ظروف العقد، ولا يلزم البنك بناءا على ذلك بتقديم أي معلومات لأنه يجب على الشخص أن يتولى الدفاع عن مصالحه بنفسه[1]، لكن هذه الأفكار التي تنطلق من فكرة المساواة بين المتعاقدين لم تعد كافية لحكم العلاقة التعاقدية التي تجمع بين البنك بصفته محترفا والعميل أو المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد.

فالبنك يمتلك جميع المعلومات والبيانات الفنية والقانونية المتعلقة بعمليات التحويل البنكي الإلكتروني، بينما يبقى العميل جاهلا في أغلب الأحوال بكل ما يتعلق بهذه العمليات، الأمر الذي يدعو إلى التدخل لإلزام البنك بإعلام العميل لتحقيق مصلحة طرفي العقد، فيطمئن العميل إلى المعاملة بشكل عام، ويطمئن البنك إلى أن إستخدام أداة التحويل سيتم بالشكل الملائم الذي يحافظ على امن وسلامة نظام التحويل، وعليه فإن دراسة إلتزام البنك بالإعلام يقتضي التعرف على ماهيته (الفقرة الأولى)، قبل الحديث عن مضمونه (الفقرة الثانية).

فتكون بقيام المشرع بخلق بعض الأجهزة الإدارية التي تراقب وتضبط الممارسات التي قد تلحق أضرار بمصالح المستهلكين، كما هو حال المجلس الأعلى للإتصال السمعي والبصري الذي أنشاه المشرع المغربي عام 2002، وكذلك مجلس المنافسة الذي تم إنشاؤه عام 1999، أنظر في وسائل الحماية المختلفة للطرف الضعيف :

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 52 وما بعد

(1)- أنظر في ذلك :

- محمد إبراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة، السعودية 1995 ص76
- جابر محمود علي: قواعد أخلاقيات المهنة، م، س، ص399

الفقرة الأولى : ماهية الإلتزام بالإعلام

سبق وقلنا أن الجهل أو عدم الخبرة يعتبر من أهم أسباب الضعف الذي يعتري العميل بصفته مستهلكا عند تعاقده مع البنك بخصوص إحدى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، وقد عني الفكر القانوني بإرساء التزام على الطرف القوي (البنك) كإجراء يرمي إلى إعلام الطرف الضعيف (العميل) بجميع الوقائع والظروف التي يجهلها حتى يكون تعاقده تم عن بينة واختيار[1]، وحتى يستطيع في ذات الوقت معرفة جميع الخصائص القانونية والفنية للمعاملة التي ينوي إجرائها، وهذا ما أدى إلى ضرورة التفكير بجدية في إقرار مقتضيات يضاف بمقتضاها التزامات جديدة إلى الواجبات الملقاة على المهني، والمتمثلة أساسا في الإلتزام بالإعلام[2].

وتكمن أهمية الإلتزام بالإعلام في جو الثقة الذي يجب أن يسود خاصة وأن أحد الأطراف وهو البنك لديه من القدرات والمعرفة الفنية والتخصص ما يؤهله لتزويد العميل بكافة المعلومات الحقيقية والكاملة والدقيقة عن العقد، ومدى ملاءمته من الناحيتين الفنية

---

(1)-لكن يجب ألا يفهم مما سلف أن الإلتزام بالإعلام واجب على عاتق المهني بمفرده بل هناك قواعد خاصة تخرج عن القواعد العامة تمدد هذا الإلتزام إلى الطرف الآخر كما هو الشأن مثلا بالنسبة للمؤمن له الذي يتحتم عليه الإدلاء بجميع البيانات والظروف التي من شأنها تخويل المؤمن صورة حقيقية وشاملة عن الخطر المراد تأمينه، وكما هو الأمر كذلك بالنسبة لعملاء البنوك الذين يلزمون بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بهم عند قيامهم بإجراء معاملة مع البنك، لهذا فإن الإلتزام بالإعلام هو إلتزام تبادلي يقع على كل من البنك والعميل، حيث يلتزم كل منهما بإعلام الآخر عن كل ما يعلمه أو ما يكون بمقدوره أن يعلمه ويكون من شأنه التأثير على قرار الآخر قبل إبرام العقد، غير أن دراستنا هذه سوف تقتصر على الإلتزام بالإعلام الذي يقصد به التزام أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الآخر بإخبار الطرف الآخر في العقد بكافة البيانات عند إبرامه للعقد والتي تساهم في تكوين الرضا الحر المستنير والتي تمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على العقد عند إبرامه أو التحلل منه إذا شاء ثم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل وحماية الثقة المشروعة في العقد، أنظر في الإلتزام التبادلي بالإعلام :

- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص82
- سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، م، س، ص8

(2)- تجدر الإشارة إلى أن الفقه يشترط للقول بوجود التزام بالإعلام على عاتق شخص ما تجاه شخص آخر ثلاثة شروط، أولها معرفة الشخص الملتزم بالإعلام بالمعلومات المتعلقة بالشيء محل التعاقد، والثاني معرفة الشخص الملتزم بالإعلام بأهمية تلك المعلومات للطرف الثاني، وأخيرا أن جهل الطرف الدائن بالإلتزام بالإعلام لتلك المعلومات وأن يكون جهله مشروعا، وقد سبق لنا بيان هذه الشروط ضمن المبحث الأول من هذا الفرع، وللإطلاع والتوسع أكثر، أنظر :

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 38 وما بعد
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 251 وما بعد
- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 277 وما بعد
- رجب كريم عبد الإله: التفاوض على العقد، م، س، ص 440 وما بعد
- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام بالإدلاء بالبيانات في مرحلة التعاقد م.س.ص246 وما بعد
- محمد إبراهيم الدسوقي: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م.س.ص132 وما بعد

والمالية، حتى يضعه على قدم المساواة معه في العلم والمعرفة بقصد الوصول به إلى رضا سليم مستنير يجعله ملما بكافة تفصيلات العملية[1].

والإلتزام بالإعلام لا يتعلق فقط بالمرحلة التي تسبق التعاقد وإنما قد يكون كذلك مترتبا عن العقد الذي يجمع بين البنك والعميل[2]، ففيما يهدف الأول إلى حماية رضا جميع العملاء المحتملين للبنك من كل ما يمكن أن يشوبه من عيوب من خلال إعلامهم بالأمور الجوهرية بالعقد والتي لولاها لما أبرموا العقد أصلا مع البنك[3]، فإن الغاية من تقرير إلتزام بالإعلام ما بعد التعاقد هي ضمان حسن نية البنك في تنفيذ العقد المبرم مع زبون معين بالشكل الذي يوفر الحماية لهذا الأخير الذي عادة ما يكون جاهلا لبعض الأمور المهمة التي يقتضيها التنفيذ الصحيح للعقد بما يضمن مصالحه[4].

(1)- كما أنه نظرا لتعقد الحياة الإقتصادية التي ترتب عليها أن كثير من الناس لم تعد لديهم الخبرة الكافية للإحاطة بظروف التعاقد وملابساته، من حيث مطابقة محل العقد بالغرض المخصص له، أو من حيث خطورته في الإستخدام، الأمر الذي أدى إلى الإتجاه شيئا فشيئا نحو إيجاد نوع من الحماية لحقوق المستهلك تزداد أهميتها إذا وضعنا في الإعتبار الرعاية التي يلجأ إليها البنك بغية جذب جمهور المستهلكين على التعامل معه، وبالإضافة إلى ذلك فإن التطور العلمي والتقدم التكنولوجي أديا إلى إختراع العديد من الآلات والأجهزة التي ساعدت على وجود كم هائل ومتدفق من السلع والخدمات المعقدة فنيا، فأصبح المستهلك في مواجهة العديد من المنتجات ذات التقنيات العالية والحديثة الشيء الذي قد يؤدي إلى العديد من المخاطر من بينها عدم قدرة العميل على التعامل مع هذه الوسائل دون إحداث أضرار لنفسه أو للبنك، أنظر في ذلك :

- محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، م، س، ص58

(2)- أنظر في التمييز بين الإلتزام قبل التعاقدي والإلتزام التعاقدي بالإعلام :

- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقدي للإدلاء ببيانات، م، س، ص15
- عدنان إبراهيم السرحان : المهني، المفهوم والانعكاسات القانونية، م، س، ص 69 وما بعد

(3)- ونظرا لأهمية الإلتزام بالإعلام في هذه المرحلة فقد اهتم الفقه بإيضاح مدلوله وصياغة تعريفه حيث عرفه البعض بأنه "إلتزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل وعلم بكافة تفصيلات هذا العقد وذلك بسبب ظروف وإعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي إعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالإلتزام بالإدلاء بالبيانات"، كما عرفه البعض الآخر من الفقه بأنه " تنبيه أو إعلام طارئ بالتعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبا في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد"، وفي نفس السياق عرفه جانب الفقه بأنه " إلتزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه (سواء كان طرفا في العقد المزمع إبرامه أحدهما أو كليهما أو غيرا من الأغيار عن هذا العقد) بإعلام الدائن (سواء كان أحد طرفي العقد أو كليهما)، في ظروف معينة إعلاما صحيحا وصادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد المراد إبرامه والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليه رضائه بالعقد"، أنظر في هذه التعريفات وغيرها :

- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقدي للإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض العقود، م، س، ص15
- سهير منتصر: الإلتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص41
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 180
- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 82

(4)- كما يختلف الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد عن الإلتزام التعاقدي بالإعلام من حيث المصدر والأساس الذي يستمد كل منهما منه وجوده ونشأته في مجال التعامل، فالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد يجد أساسه بعيدا عن العقد الذي يبرم من بعده، ولعل هذا أمرا طبيعيا فلا يمكننا أن ننسب هذا الإلتزام للعقد لأنه نشأ في مرحلة سابقة عليه،

وعلى أي حال فإن الغاية من كل من الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام والإلتزام التعاقدي بالإعلام واحدة، فكلاهما يهدف إلى تبصير الطرف الذي يتم توجيه الإعلام إليه بالأمور الجوهرية التي تهمه وتشغله بخصوص العقد، والتي يصعب عليه الإحاطة بها أو الإلمام بمضمونها إلا من خلال مساعدة الطرف الآخر، لكن ما هو الأساس الذي يمكن الاعتماد عليه للقول بوجود إلتزام بالإعلام يقع على عاتق البنك في مواجهة عملائه بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني؟

لقد أثار تحديد الأساس القانوني للالتزام بالإعلام جدلا فقهيا كبيرا نتج عنه ظهور عدة توجهات في هذا الصدد، فقد حاول بعض الفقه[1] الإعتماد على الصلة التي تربط القواعد القانونية بالأخلاق للقول بأن أساس الإلتزام بالإعلام هو أخلاقي محض، فكثيرا من الأحكام القانونية ما هي إلا ترجمة لواجبات أخلاقية تم نقلها من المجال الأخلاقي إلى المجال القانوني، ولا شك أن العدالة في جوهرها تعتبر من أسمى ما في الفكرة الأخلاقية من مضامين، لذلك كانت الضرورة الأخلاقية في حماية الشخص الضعيف من قوة وتسلط الطرف الآخر وتعسفه في إستخدام سلطته الإقتصادية، من خلال إعلامه وتبصيره، خصوصا إذا ما كانت العلاقة بين الأطراف تقوم على الإعتبار الشخصي.

وفي إتجاه آخر ذهب بعض الفقه[2] أن الإلتزام بالإعلام يجد أساسه في نظرية صحة وسلامة الرضا، حيث يتطلب العقد لإنعقاده وجود رضا حر واعي مستنير، ليلم المتعاقد

بالإضافة إلى أن الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد إلتزام سابق على العقد وينفذ في المرحلة السابقة على العقد أي قبل تكوين العقد وإبرامه، ومن ثم كان طبيعيا أن لا يوصف بأنه إلتزام تعاقدي إذ لا يتصور أن يخلع على هذا الإلتزام الوصف التعاقدي قبل وجود العقد ونشأته، هذا بخلاف الإلتزام التعاقدي بالإعلام فهو بحسب معناه الظاهر لأول وهلة إلتزام ناتج عن العقد ينشأ وينفذ في مرحلة لاحقة لمرحلة إبرام العقد وتكوينه فهو إلتزام تعاقدي يجد أساسه ومصدره في العقد، سواء أكان هذا الإلتزام يمثل الإلتزام الأصيل الذي يقوم عليه العقد أو كان يمثل إلتزاما فرعيا أو قانونيا يقتضيه ويستوجبه حسن أداء وتنفيذ المدين لالتزاماته الأصلية والرئيسة في العقد، وبذلك يكون المعيار المميز بين الإلتزام قبل التعاقدي والتعاقدي بالإعلام يستند إلى لحظة أو وقت تطلب توافر هذا الإلتزام وتنفيذه، فإذا كان هذا الإلتزام قائما على عاتق الشخص ومطلوبا منه أن ينفذه قبل إبرام العقد فإنه يكون عندئذ إلتزام قبل تعاقدي، أما إذا كان تنفيذ هذا الإلتزام يرتبط بسائر الإلتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد بعد إبرام العقد وقبل أو أثناء تنفيذه فإنه يكون التزاما تعاقديا عاديا بالإخطار ببيانات معينة تختلف حسب طبيعة العقد ومضمونه، أنظر في ذلك:

- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقدي للإدلاء ببيانات، م، س، ص15

(1)- أنظر في هذا الصدد :

- سهير المنتصر: الإلتزام بالتبصير، م، س، ص28
- زهير بنحودة : سلطة القاضي في عقود الإذعان، م، س، ص232
- محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، السنة 22، عدد 2 ، يونيو 1998 ص757

-Ripert (G) : La règle morale dans les obligations civiles L.G.D.J 4ed 1999.P.74

(2)- أنظر في هذا التوجه :

- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقدي للإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، م، س، ص26
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 200

بحقيقة العقد الذي يبرمه وبياناته المفصلة ومدى ملاءمته للغرض من إبرامه، والإخلال بالإعلام شأنه شأن عيوب الإرادة خصوصا التدليس لما يمثله من عدم تبصير وكذب وإحتيال، وهو الغرض الذي يحمل في جانبه الآخر إخلالا عقديا بالتبصير والإعلام[1].

لكن البعض الآخر من الفقه[2] إنتقد إعتبار عيوب الإرادة أساسا للإلتزام بالإعلام، إذ أنها لا تلقي على المحترف إلتزاما قانونيا بتبصير المتعاقد معه إلا في حدود التقاطع المفترض بين قواعد الأخلاق وقواعد القانون في العقد، على أساس أن التنافس بين طرفي العقد يفترض فيه أن يكون في حدود قواعد الأخلاق فلا يكتم أحدهما عن الآخر ما يعلمه من أمور تهمه، لكن الجزاء المترتب عنها مع التسليم تجاوزا بهذا الرأي هو فقط قابلية العقد للابطال، مع التعويض إن كان له محل بعد مراجعة القضاء في إطار كل حالة على حدة، لذلك تبدو من الناحية العملية أن تنفيذ هذه الأحكام العامة ستؤدي إلى تعقيد موقف المستهلك، سيما عندما يتعلق الأمر بمعاملات شائعة[3].

وفي إتجاه آخر يرى جانب من الفقه[4] أن الإلتزام بالإعلام يجد أساسه في مبدأ حسن النية الذي يوجب إلتزاما إيجابيا بالصدق والأمانة في مواجهة الطرف الآخر، سواء قبل التعاقد أو بعده، حيث يضمن هذا المبدأ تحقيق العدالة العقدية في الوقت الذي تبدو فيه

(1)- وقد حاول القضاء الفرنسي تأسيس الإلتزام بالإعلام على أحكام التدليس المنصوص عليها في المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي، بدعوى أن التدليس يعيب الرضا حتى ولو أستنتج عن مجرد السكوت أو الكتمان، متى كان إعلان الحقيقة قد يؤثر على قرار المتعاقد الآخر.

- Cass.civ 4 Jan.1992. D.1993 P.196.

(2)- أنظر في هذا التوجه :

- أستاذنا الحسين بلحساني: الإلتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون، مقال منشور بمجلة طنجيس للقانون والإقتصاد، العدد الأول سنة 2001، ص35

- عبد العزيز مرسي حمود: الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، م، س، ص80

(3)- ولا شك أنه من الصعب إعتبار عيوب الإرادة أساس للإلتزام بالإعلام، لأن هذا الأخير وإن كان يتفق مع عيوب الإرادة من حيث الغرض وهو ضمان صحة رضا المتعاقد، إلا أن نطاقه أوسع بكثير من نطاق عيوب الإرادة، كما أن جزاء الإخلال بالإلتزام المذكور لا يقتصر على إبطال العقد بل قد يرتب مسؤولية المدين بالإعلام والحكم عليه بالتعويض، إضافة إلى ذلك أن إلتزام المدين بالإعلام إنما يعالج قصور نظرية عيوب الرضا من إسداء الحماية الكافية للدائن، الأمر الذي لا يجعل من هذه النظرية أساسا قويا للإلتزام بالإعلام، كما أنه من جهة أخرى إذا كان هذا الأساس لا يصلح لتفسير الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام فإنه كذلك غير قادر على تفسير الإلتزام بالإعلام التعاقدي.

(4)- أنظر في هذا التوجه :

- أستاذتنا دنيا مباركة: الحماية القانونية لرضا مستهلكي السلع والخدمات، مقال منشور بالمجلة المغربية للإقتصاد والقانون، العدد الثالث 2001، ص49

- محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، م، س، ص449

- محمد حسام محمود لطفي: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، م، س، ص22

- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدم، س، ص 83

- سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، م، س، ص19

- إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، م، س، ص690

النصوص التي تحكم العقد جامدة للغاية، إلى حد قد تسبب ظلما فاحشا بأحد المتعاقدين، وكذلك إلى إعمال واجب التعاون والتضامن الضروريين لإنجاز الأهداف التي جرى أو سوف يجري تحديدها استنادا إلى توازن العقد.

وبالتالي يمكن – وفقا لهذا الإتجاه- الإعتماد على مبدأ حسن النية الذي يعتبر مبدءا عاما يعطي سلطة للمحكمة لإضافة الإلتزام بالإعلام إلى شروط العقد والذي له إنعكاس على تنفيذه، وذلك عندما يتفرع هذه الإلتزام عن طبيعة الإلتزام الرئيسي وفقا لقواعد القانون أو العرف أو الإنصاف، ولكن يتعين في ذلك الحين مراعاة ما يعد مرغوبا فيه من الناحية الإجتماعية لأن القانون نظام إجتماعي يهدف إلى حماية الفرد وتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة، لتقدير ما إذا كانت إضافة إلتزام قانوني إلى مضمون العقد يشكل تنظيما أفضل للعلاقات بين الأطراف(1).

وعلى خلاف ذلك يرى جانب من الفقه(2) أن الغموض الذي يكتنف حسن النية يعيق في كثير من الحالات وضع مفهوم مستقر له، وبالتالي استنتاج التزامات قانونية محددة لتوفير حماية حقيقية للمستهلك منه، ثم إن التشريعات نصت على هذا المبدأ في القسم المتعلق بآثار الإلتزام في القانون المدني، بمعنى أنه يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد أي بعد أن يتم إبرام العقد، وبالتالي فإذا كان يمكن إعتبار حسن النية أساس للإلتزام التعاقدي بالإعلام فإنه من الصعب إعتباره أساسا للإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام(3)، فهذا الأخير يهتم بتحسين رضا المستهلك بإعلامه قبل التعاقد حتى يقدم على التعاقد عن بينة واختيار.

---

(1)- أنظر في ذلك :
- بوعبيد عباسي: الإلتزام بالإعلام في العقود، م، س، ص120

(2)- أنظر في ذلك :
- أستاذنا الحسين بلحساني: الإلتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون، م، س، ص34
- زهير بنحودة: سلطة القاضي في عقود الإذعان، م، س، ص 239

(3)- ويلاحظ أن هناك توجه في الفقه يرى بأن الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام ذو طبيعة عقدية، ويستند أنصار هـذا الرأي إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد ، التي تعتبر أن الإلتزامات السابقة على التعاقد إلتزامات عقدية، تأسيسا على قيام المسؤولية العقدية كأثر للأخطاء التي تقع بمناسبة إبرام العقد أو تلك التي حالت دون إنعقاده، بإفتراض وجود عقد سابق على العقد الأصلي عبارة عن عقد ضمان مفترض لكل متعاقد يعد مصدرا لهذا الإلتزام، أنظر في ذلك :
- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقدي للإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، م، س، ص302
- حسن عبد الباسط جميعي: إعلام المستهلك، م، س، ص23
- أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، م، س، ص88

لكن هناك من الفقه من يرى –وعن حق- أن الرأي السابق محل نظر نظراً لعدم دقة تحليله، فمن غير المقبول تحليل الإلتزام السابق على العقد ومنه الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد على أنه إلتزام عقدي بـالرغم مـن مـيلاده ونشأته في مرحلة سابقة على ميلاد ونشأة العقد، فليس بمعقول أن ينشأ فرع قبل نشوء أصله أو أن ينشأ إلتـزام قبل نشوء مصدره، أنظر في ذلك :
- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدم، س، ص 535

وفي ظل عدم قدرة جميع الآراء السابقة على تفسير الإلتزام بالإعلام، قامت التشريعات بوضع نصوص قانونية صريحة وواضحة تقرر هذا الإلتزام على عاتق الملتزم به أو المهني باعتباره الطرف القوي في العقد لصالح الدائن به وهو المستهلك، وبالتالي وضع أسلوب لحماية المستهلك يقوم على فكرة إعادة التوازن في المعرفة بينه وبين الشخص المحترف، وتحقيقا لهذا الهدف اعترفت التشريعات للمستهلك بالحق في الإعلام، بهدف تنوير إرادته وحمايته، ووضعت بذلك لهذا الإلتزام أساسا قانونيا من خلال تلك النصوص.

ولا بد هنا أن نشير إلى أنه إذا كانت القوانين الخاصة بحماية المستهلك قد وضعت إلتزاما عاما على عاتق جميع المهنيين ومن بينهم البنوك بإعلام المستهلكين بكل ما من شأنه أن يؤثر في صحة وسلامة الرضا في المرحلة السابقة على التعاقد(1)، وبالتالي وضع أساس قانوني للإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي، فإن هذا الإلتزام وحده غير كافي خصوصا في إطار علاقة البنك بعملائه بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، نظرا لكون هذه العمليات تقوم على إستخدام وسائل تكنولوجية حديثة قد تشكل خطرا على المستهلك نفسه وعلى البنك في ذات الوقت.

لهذا قامت بعض التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بالنص على إلتزام خاص بالإعلام، يقوم في إطاره البنك بتوفير جميع المعلومات والبيانات المتعلقة بخصائص أداة التحويل المتعاقد عليها لتوفير أقصى حماية لكلا الطرفين من جميع المخاطر التي يمكن أن تنتج عن الاستخدام الخاطئ لها.

ولهذا يرى توجه آخر في الفقه أن هذا الإلتزام لا يعتبر التزاما عقديا، ويدخل في نطاق الإلتزام غير العقدي كافة أنواع الإلتزامات الواجبة خارج النطاق العقدي، ومنها الإلتزامات الناشئة عن واقعة أو فعل معين أو عن القانون، أنظر في ذلك :

– عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 205
– حسن عبدالباسط جميعي : إعلام المستهلك ، م، س، ص.22
– نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقدي للإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد ، م، س، ص306
– خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 335

(1)– وقد نص المشرع المغربي على الإلتزام العام بالإعلام في المواد 3–11 من قانون رقم 31.08 والمتعلق بإيجاد تدابير لحماية المستهلك، بينما نجد أن مشروع قانون حماية المستهلك الأردني لم ينص على هذا الإلتزام على الرغم من أهميته وباعتباره من أهم العناصر التي يجب أن تتضمنها التشريعات الخاصة بحماية المستهلك، والغريب في الأمر أن المشروع جعل هذا الإلتزام على عاتق جمعيات حماية المستهلك وذلك في المادة 13/أ منه، مما يثير التساؤل عن الغاية من وراء إعفاء المهني منه ووضعه على عاتق جمعيات حماية المستهلك؟ وهل تعتبر هذه الجمعيات هي المسؤولة في مواجهة المستهلك عند عدم قيامها بإعلامه؟

الفقرة الثانية : مضمون الإلتزام بالإعلام في إطار عمليات التحويل الإلكتروني

إن محل الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي[1] يشمل جميع المعلومات والبيانات التي يجب أن يقدمها أحد الطرفين (البنك) للطرف الآخر (العميل) قبل إبرام العقد، والتي تعتبر ذات طبيعة جوهرية[2]، فالمعلومات التي تتصف بهذه الصفة يكون من شأنها أن تساعد العميل على تكوين رأيه واتخاذ قراره النهائي بصدد التعاقد الذي سيكون طرفا فيه، وقد قامت بعض التشريعات بتحديد مضمون هذا الإلتزام بشكل صريح، من خلال التركيز على فئتين من المعلومات، الأولى تتعلق بالشروط القانونية والتعاقدية (أولا)، والثانية تتعلق بأداة التحويل نفسها (ثانيا).

أولا : بيان المعلومات المتعلقة بالشروط القانونية للعقد

يجب على البنك قبل قيامه بالتعاقد مع أحد عملائه أن يقوم بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بكافة الشروط التعاقدية التي تحكم العمل بأداة التحويل البنكي الإلكتروني، بالشكل الذي يمكن العميل من الوقوف على مكونات هذا العقد وخصائصه الذاتية ومدى جدواه وملاءمته في إشباع حاجته التي يرمي إليها لما لذلك من أهمية بالغة في التأثير على قراره بالإقبال على التعاقد، لكن ما هي البيانات التي يلزم البنك بالإفصاح عنها قبل التعاقد مع العميل؟

بداية نشير إلى أن تشريعات حماية المستهلك نصت على ضرورة قيام الشخص المهني عموما بالإفصاح عن جميع البيانات التي قد تؤثر في رضا العميل في التعاقد حول سلعة أو خدمة معينة، ولا شك أن هذا الإلتزام يشمل الإفصاح عن البيانات المتعلقة بشروط التعاقد، ومن ذلك ما نص عليه المشرع المغربي في المادة الثالثة من القانون

---

(1)- وبالإضافة إلى الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي والذي يقع على البنك، فإنه كذلك يلتزم بإعلام العميل بكل ما من شأنه أن يؤثر على تنفيذ العقد بما يحقق الفائدة المرجوة منه، وهذا الإلتزام قد يرتبط بنص قانوني أو تعاقدي وقد يقع على عاتق البنك نظرا لكونه محترفا خبيرا بشؤون مهنته، ومضمون هذا الإلتزام أن يقدم البنك للعميل معلومات صحيحة وموافقة لطبيعة الحال، وهو التزام ثانوي تابع لإلتزام أصلي منشأه العقد المبرم بين البنك وعملائه، فيجب على البنك أن لا يكتم عن العميل الحقيقة ويحجم عن تزويده بجميع المعلومات التي تؤدي إلى التنفيذ الصحيح لعقد إعمالا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، أنظر في نفس المعنى:

- عدنان إبراهيم سرحان : المهني، المفهوم والإنعكاسات القانونية، م، س، ص 73 و 74

(2)- لا يطلب من المدين بالإلتزام بالإعلام بالإدلاء بكل صغيرة وكبيرة من المعلومات التي يعرفها عن العقد المراد إبرامه، ولكنه يلتزم وحسب بتقديم المعلومات الجوهرية التي تفيد الدائن في إبرام العقد ولا يتمكن الدائن بهذا الإلتزام من الحصول عليها بوسائله الخاصة. ويترتب على ذلك أن إلتزام المدين بالإعلام قبل التعاقد يقتصر على تبصير دائنه بالمعلومات الجوهرية التي تؤثر على قراره بشأن العقد وتنفيذه لتكوين رأيه من محل العقد، ومن ثم لا يطالب المدين بإعلام دائنه بالمعلومات غير الجوهرية أي التي لا أثر لها على قرار الدائن بشأن العقد، كما أن الراغب في التعاقد لا يصدق عليه وصف الدائن بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد متى أمكنه الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالعقد بوسائله الخاصة وكان عالما بها فعلا من باب أولى، ولذلك فإنه يجب عليه الاستعلام الذي يمكنه من التعرف عليها بطريقته الخاصة، كما عليه إن أراد مزيدا من المعلومات الثانوية المتعلقة بالعقد أن يبحث عنها بنفسه دون أن يكون له الحق بمطالبة غيره بها، أنظر في ذلك :

- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 85

المتعلق بتدابير حماية المستهلك[1]، وكذلك ما نص عليه تقنين الإستهلاك الفرنسي في المادة (L111-1)، ويطلق على الإلتزام الوارد في هذه النصوص بالإلتزام العام بالإعلام، بحيث أنه يكون موجها إلى جميع المستهلكين وجميع العملاء المحتملين للشخص الملزم به، وهو يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الإستهلاك ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك[2]، ويمكن إعتبار هذه النصوص بمثابة قاعدة أو أساس لتوفير حماية لمختلف المستهلكين، وإلزام البنوك بإعلام عملائها بحد أدنى من البيانات.

إلا أنه نظرا لخصوصية عمليات التحويل البنكي الإلكتروني سواء من حيث أطرافها أو من حيث مضمونها، فقد تبين عدم كفاية الإلتزام العام بالإعلام في توفير حماية للعملاء، فقامت بعض التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بالنص على إلتزام خاص بالإعلام، يكون موجها إلى الأشخاص الذين ينوون التعاقد مع البنك بخصوص إحدى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، ويكون مضمونه مجموعة من البيانات المحددة يجب على البنك الإفصاح بها للعملاء، بالشكل الذي يضمن أن يكون هذا الإفصاح واضحا وصادقا وكاملا ليعكس علما حقيقيا بمضمون العقد لا يشوبه أي لبس أو غموض.

فالمشرع الفرنسي حدد البيانات التي يجب على البنك إعلام العميل بها قبل إبرام عقد تقديم خدمات الدفع في المادة (L314-12) من قانون النقد والمالية[3]، حيث نص على ضرورة أن تتضمن جميع البيانات المتعلقة بمقدم خدمة الدفع، وكذلك الشروط المتعلقة بتقديم الخدمة، بالإضافة إلى جميع الشروط المتعلقة بإنهاء وتعديل العقد.

---

(1)- والتي نصت على أنه " يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتوج أو السلعة أو الخدمة وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكاناته. ولهذه الغاية، يجب على كل مورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع العلامة أو العنونة أو الإعلان أو بأي طريقة مناسبة أخرى بأسعار المنتوجات و السلع وبتعريفات الخدمات والقيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية عند الإقتضاء، والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة..."

(2)- انظر في ذلك :

- حسن عبد الباسط جميعي: حماية المستهلك، م، س، ص15

(3)- وقد قام المشرع الفرنسي بالنص على إلتزام البنك بإعلام العميل في المادة (L314-13) من قانون النقد والمالية التي أحالت على الفقرة الثانية من المادة (L314-12) والتي تضمنت المعلومات التي يجب على البنك إعلام العميل بها، حيث جاء النص كالآتي :

"..les informations et les conditions sur le prestataire de services de paiement, sur l'utilisation d'un service de paiement, sur les frais, les taux d'intérêt et les taux de change, sur la communication entre l'utilisateur et le prestataire de services de paiement, sur les mesures de protection et les mesures correctives, sur la modification et la résiliation du contrat-cadre et sur les recours."

أما القانون التونسي للتحويل الإلكتروني للأموال فقد نص في الفصل الثاني منه[1] على أنه يجب على المصدر قبل إبرام العقد المتعلق بتسليم واستعمال أداة التحويل الإلكتروني للأموال أن يعلم المنتفع بجميع الشروط القانونية والتعاقدية التي تنظم إصدار أداة التحويل الإلكتروني للأموال واستعمالها، وأن يقدم وصفا شاملا لالتزامات كل من المصدر والمنتفع ومسؤولياتهما.

وبخصوص الوسيلة التي يجب أن يتم فيها هذا الإعلام فقد اشترط كل من المشرعين الفرنسي[2] والتونسي[3] أن يكون الإعلام بواسطة وثيقة مكتوبة أو أي وسيلة أخرى موثوقة على أن تكون واضحة ومفهومة بسهولة[4]، ويمكن للبنك أن يوفي بهذا الإلتزام وفقا للشكل المطلوب إذا ما قام بتسليم نسخة من مشروع العقد للعميل حتى يتسنى له الإطلاع عليه وتفحصه وقراءته أكثر من مرة بسهولة ويسر، ليس فقط بالاعتماد على توضيحات البنك بل كذلك بأخذ المشورة ممن يثق به وله إلمام بالعملية حتى يكون تعاقده عن تبصر وعلم كافيين[5]، وتكمن أهمية هذه الوسيلة في أنها تمكن من محاربة بعض الممارسات من طرف المهنيين اللذين قد لا يقبلون تسليم الوثائق التعاقدية إلا بعد التوقيع على العقد بالشكل الذي يحرم المستهلك من كل إمكانية لدراسة العقد قبل إبرامه[6].

---

(1)- والذي جاء فيه " يجب على المصدر قبل إبرام العقد.....أن يعلم المنتفع بما يلي، الشروط القانونية والتعاقدية التي تنظم إصدار أداة التحويل الإلكتروني للأموال واستعمالها، وصف شامل لواجبات المنتفع والمصدر ومسؤولياتهما...."

(2)- وذلك في المادة (L314-13) من قانون النقد والمالية والتي جاء في فقرتها الأولى:

" Avant que l'utilisateur de services de paiement ne soit lié par un contrat-cadre ou une offre de services de paiement, le prestataire de services de paiement lui fournit sur support papier ou sur un autre support durable les informations et conditions mentionnées à l'article L. 314-12..."

(3)- وذلك في المادة الثانية من قانون التحويل الإلكتروني للأموال والتي جاء في مطلعها " يجب على المصدر قبل إبرام العقد المتعلق بتسليم واستعمال أداة التحويل الإلكتروني للأموال أن يعلم المنتفع بصورة جلية ومكتوبة أو بواسطة وثيقة إلكترونية....."

(4)-إشترط المشرع الفرنسي أن يتم هذا الإعلام باللغة الفرنسية ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك في المادة (L314-8) من قانون النقد

(5)- وقد إشترط المشرع الفرنسي في الإعلام عن طريق العقد أن يتم بناءا على طلب العميل وذلك في المادة (L314-13) من قانون النقد والمالية وتطلب أن يتضمن هذا العقد جميع المعلومات الواردة في المادة (L314-12) والسابق الإشارة إليها، أما بخصوص المشرع التونسي أوجب في المادة 3 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال ضرورة وضع وثيقة تحتوي جميع البنود التعاقدية التي تنظم استعمال أداة التحويل الإلكتروني على ذمة العموم، بينما إكتفى البنك المركزي الأردني المادة 14 على النص على بعض البيانات المتعلقة خصوصا برسوم العمليات والعمولات.، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة السادسة من تعليمات ممارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكترونية رقم 2001/8 والصادرة بتاريخ 2001/7/26، أن على البنوك " الالتزام بالشفافية وتوعية العملاء وتعريفهم بطبيعة العمليات المنفذة بالوسائل الإلكترونية ومخاطرها وما ترتبه عليهم من التزامات، ووضع الإرشادات والتعليمات الواضحة بخصوصها".

(6)- ولا شك أن إعلام العميل عن طريق العقد يعتبر وسيلة فعالة إذا ما قارناها بالإعلان، فهذا الأخير عادة ما يكون الهدف منه تقديم معلومات موجهة، بمعنى أخر تكون الغاية الأساسية منه توجيه الجمهور نحو خيار معين لا إعلامه بالمفهوم السابق بيانه، ويصعب أن يكون الإعلان صادقا بالمعنى الدقيق، لأنه حتى لو كانت الأوصاف التي يطلقها الإعلان عن المنتج أو الخدمة صادقة في ذاتها، فهي لا تقدم إلا جانبا من جوانب هذا المنتج وهو

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي وضع تدابير حمائية خاصة لمستخدمي بعض أدوات التحويل البنكي الإلكتروني التي يترتب عن التعامل بها منح إئتمان حتمي للعميل، من خلال المادة 73 من القانون الخاص بتدابير حماية المستهلك[1] بوضع قواعد لإعلام طالب الإئتمان (العميل) من خلال الإيجاب السابق، والذي يهدف للسماح لطالب الإئتمان بحيازة المعلومات الضرورية قبل الإلتزام في مواجهة البنك، وقد فرض هذا القانون[2] تقديم هذا الإيجاب وألزم مقدمه بإعداده طبقا لنموذج معد مسبقا يتضمن بعض البيانات، قد فرض المشرع المغربي كذلك على البنك الإبقاء على هذه الشروط لمدة معينة وإلا تعرض لجزاءات.

ثانيا : بيان المعلومات المتعلقة بأداة التحويل

إن لالتزام البنك ببيان المعلومات المتعلقة بأداة التحويل أهمية خاصة في ضوء الطبيعة الفنية والتكنولوجية التي تتميز بها، لأنه يتعذر على كثير من العملاء العاديين

الجانب الأفضل منه حتما، لهذا يستحيل عمليا أن يقوم المعلن بذكر عيوب منتجاته في الإعلان، ولـذا فإنـه لا يتطلب من البنوك سوى ألا تكون إعلاناته كاذبة أو مضللة، تلحق الضرر بالعميـل، ويجـري تقـدير الكـذب والتضليل في الإعلان التجاري منظورا إليه في ضوء ما تضمنته من عناصر المبالغة، حتى يمكـن القـول أن الحماية القانونية لا تشمل إلا الكذب والتضليل، وبناء على ذلك ينبغي التفرقة بين الكذب والتضليل القـائم مـن جانب، وبين المبالغة التي هي جوهر الإعلان التجاري، ومبرر وجوده من جانب آخر والتي تدخل في الإطـار المسموح بها في مثل هذه المعاملات، وقد قام المشرع المغربي في الفصل 10 مـن ظهيـر 5 أكتـوبر 1984 المتعلق بزجر الغش في البضائع بمنع الإعلانات الكاذبة والمضللة بالنص على أنه "يمنع كل إعلان مهما كـان شكله يشتمل على إدعاء أو بيان أو عرض كاذب أو من شأنه أن يوقع المستهلك في الغلط..."، وللمزيـد مـن الإطلاع، أنظر:

- محمد العروصي: الحماية الجنائية من الإعلانات التجارية الخادعة،المجلة المغربية لقانون الأعمـال والمقـاولات عدد7، يناير 2005 ص16
- أستاذنا الحسين بلحساني: الإلتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون،م،س، ص 36 وما بعد
- أستاذتنا دنيا مباركة: الحماية القانونية لرضا مستهلكي السلع والخدمات، م، س، ص 57 وما بعد

(1)- والتي نصت على أنه " عندما يتعلق الأمر بفتح إعتماد يخول للمستفيد، سواء أكان مقترنـا أم غيـر مقتـرن باستعمال بطاقة الإئتمان إمكانية التصرف في مبلغ القرض الممنوح على شكل أقـساط فـي التـواريخ التـي يختارها،...."

(2)- حيث نصت المادة 72 من القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك على أنه "يجب أن يسبق كل عملية قرض منصوص عليها في المادة 69 أعلاه عرض مسبق للقرض يحرر بكيفية تمكن المقترض من تقييم طبيعة ومدى الإلتزام المالي الذي يمكن أن يتعهد به وشروط تنفيذ العقد المذكور. يجب أن تنجز عمليات القرض الوارد فـي المادة 69 أعلاه وفق بنود العرض المسبق الذي تسلم نسختان منه مجانا إلى المقترض وعند الإقتضاء نسخة إلى الكفلاء. يلزم المقرض عند تسليم العرض المسبق بالإبقاء على الشروط الواردة فيه خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ إصداره"

وتجدر الإشارة إليه أن العرض الذي يلتزم البنك بتقديمه لطالب الإئتمان إذا كان يهدف لإعلام هذا الأخير، فهو ليس مجرد مستند إعلامي فقط و إنما إيجاب بالمعنى القانوني للمصطلح يلزم الموجب وبطريقة أكثـر تحديـدا خلال مدة 7 أيام، والملاحظ أن هذا الإلتزام المتمثل في الإبقاء على شروط الإيجاب السابق خصوصا فيما يتعلق بقيمة ومدة القرض وعدد الأقساط وسعر الفائدة، يعد إجراء فعالا في حماية طالب الإئتمان الذي يضمن إمكانية دراسة الاقتراح المعروض عليه في صورة إيجاب، والذي إذا ما وافق عليه يمكن أن يصبح عقدا للائتمان بدون أن يتحمل مخاطر تعديل شروط لم تتيح له الفرصة لتصديرها.

الإحاطة بكل ما يتعلق بها من خصائص فنية وتقنية، لهذا فإن كثيرا منهم يجهلون الطرق الصحيحة لاستخدامها بما يحقق الفائدة المرجوة منها، وبالشكل الذي يحفظ أمن وسلامة نظام التحويل ككل، خاصة إذا ما علمنا أن أداة التحويل تلك تشكل مفتاح خزينة العميل لدى البنك، كما أن العملاء في أغلب الأحوال يقدمون على التعاقد مع البنك بخصوص أدوات التحويل نظرا لما تتمتع به تلك الأدوات من أوصاف مادية خاصة، وما تمنحه لهم من ميزات[1].

وفي ضوء ذلك يجب على البنك قبل التعاقد الإدلاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالخصائص والأوصاف المادية لأداة التحويل عملاً على تصحيح صورتها في ذهن طالبها، بشكل يمكنه من الوقوف على مزاياها وخصائصها الذاتية ومدى جدواها بالنسبة له، سواء من حيث نوعها وطبيعة العمليات التي يستطيع إجرائها بواسطتها وسقف المبالغ المحددة، وبجميع القيود التي ترد على التعامل بها، بالإضافة إلى جميع المصاريف والفوائد المترتبة عن استخدامها[2].

كما يجب عليه الإدلاء بكافة البيانات المتعلقة بكيفية إستخدام أداة التحويل وبجميع الإجراءات الإحترازية التي يجب على طالبها الإلتزام بها عند تشغيلها، ويجب عليه كذلك أن يخطر العميل بجميع المخاطر المترتبة عن استخدام أداة التحويل وكذلك الناتجة عن الاستخدام غير الصحيح لها، والوسائل اللازمة لمواجهة تلك المخاطر والحيلولة دون تحققها، كما يجب على البنك إعلام العميل بالوسائل التي يمكن له بواسطتها التواصل مع البنك وإخطاره بكل ما يرد إلى علمه ويكون من شأنه أن يعرض أمن عمليات التحويل للخطر[3].

(1)- أنظر في نفس المعنى :
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 233
- نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقدي للإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، م، س، ص151
وفي نفس السياق يشير بعض الفقه إلى أن أهمية الإلتزام بالإعلام حول إستخدام الشيء محل العقد تبدو على وجه الخصوص في حدود المنتجات الحديثة التي تتسم بطابع الحداثة ،والتي يكون من الصعب على المستهلك أن يتجنب مشاكل إستعمالها بدون تعليمات الإستخدام التي يجب أن يزود بها هذا المستهلك من طرف منتجها، فيكون الإلتزام هنا معلقا أساسا لحماية المستهلك في الأضرار.
- أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، م، س، ص 142
وبصفة عامة نشير إلى أن الشخص البسيط غير المهني لا يمكننا أن نطالبه بمعرفة جميع المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقود التي يرغب في إبرامها مع غيره لا سيما وقد كثرت العقود وتعقدت وتشعبت موضوعاتها بصورة كبيرة تجعل من الصعب أن لم يكن من المستحيل تحقق ذلك العلم، كما أنه لا يمكن أن نكلفه بواجب الإستعلام عنها.
- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 323
(2)- وفي نفس المعنى أنظر :
- خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، م، س، ص 308
- أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، م، س، ص 128
(3)- نصت المادة الثاني من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي على أنه " يجب على المصدر قبل إبرام العقد المتعلق بتسليم واستعمال أداة التحويل الإلكتروني للأموال أن يعلم العميل بما يلي:- وصف شامل لأداة

والملاحظ من خلال ما سبق أن انعدام التكافؤ بين كل من البنك والعميل في مستوى العلم والدراية بالعناصر الجوهرية المتصلة بأدوات التحويل الإلكتروني يعد من أبرز الضروريات العملية التي أملت على التشريعات تقرير الإلتزام بالإعلام كالتزام قانوني، يحقق التوازن في العقد الذي كادت أن تتلاشى معالمه ومظاهره نتيجة للتطور الذي أصاب العمل البنكي وما أحدثته من فجوة كبيرة، وتحقيقا لذلك فإنه لا يكفي من البنك الإدعاء بأنه بذل جهده للوفاء بالتزامه هذا[1]، وإنما يجب عليه إثبات قيامه بهذا الإلتزام وإلا وقع تحت طائلة المسؤولية[2].

التحويل الإلكتروني وميزاتها التقنية، وصف شامل لجميع الإستعمالات الممكنة لأداة التحويل الإلكتروني في الداخل والخارج عند الإقتضاء، السقف المحدد للعمليات المسموح بإجرائها ، الحق في إختيار السقف المحدد وكذلك الحق في الحط منه، كيفية الإعتراض وإجراءاته وآجاله عند السرقة أو الضياع أو التزوير أو العدول عن إستعمال أداة التحويل الإلكتروني، المصاريف المتعلقة بأداة التحويل الإلكتروني للأموال المنقلة عليه وخاصة نسبة الفائدة وطريقة إحتسابها، شروط المنازعة في العمليات المنجزة والعنوان الذي توجه إليه الإعلامات والإعتراضات".

بينما نصت المادة 14 من تعليمات البنك المركزي الأردني والمتعلقة بعمليات التحويل الإلكتروني للأموال على أنه " على البنك أن يوضح المعلومات التالية للعميل:الالتزامات التي تترتب على العميل نتيجة حدوث قيد إلكتروني غير مشروع على حسابه، تحديد الجهة التي يمكن للعميل الاتصال بها للاستفسار عن أي قيد إلكتروني غير مشروع أو خاطئ قيد لحسابه أو عليه طريقة الاتصال بهذه الجهة، القيود الواردة على التحويلات بما في ذلك أنواع التحويلات الإلكترونية المسموح للعميل إجراؤها وعدد هذه التحويلات وأي سقوف على المبالغ المسموح بتحويلها. ومع ذلك يجوز للبنك عدم الإفصاح عن حيثيات هذه القيود حفاظا على أمان الخدمات المقدمة للعميل نفسه أو أمان نظام التحويل الالكتروني، العمولات بما في ذلك أي عمولات تترتب على العميل لقاء قيامه بإجراء تحويل إلكتروني أو الطلب من البنك إجراء مثل هذا التحويل، حق العميل في تزويده بالإشعارات والكشوفات الدورية عن القيود الإلكترونية التي أجريت على حسابه، حق العميل في وقف أي تعليمات تحويل إلكتروني مسبقة منه للبنك، والإجراءات التي يتوجب على العميل إتباعها.

(1)- ونشير في هذا الصدد إلى أن الفقه كان قد إختلف قبل نص بعض التشريعات صراحة على الإلتزام بالإعلام حول الطبيعة القانونية لهذا الأخير، ففيما ذهب البعض إلى أنه التزام بوسيلة على إعتبار أنه ليس من العدالة أن يتحمل المدين نتيجة لا يمكنه السيطرة عليها نظرا لما يكتنفها من إحتمالات، فالنتيجة المرجوة من فرض هذا الإلتزام إحتمالية وليست مؤكدة الوقوع، كما أن الدور الذي يلعبه الدائن في تحقيق النتيجة المطلوبة من الإلتزام بالإعلام يمكنه من التحكم في تحقيقها أو منعها، بينما ذهب توجه آخر إلى أن هذا الإلتزام بتحقيق نتيجة، وهو الذي يجعل هذا الإلتزام ذي جدوى لأنه يهدف في النهاية إلى تحقيق سلامة المستهلك ووصوله إلى مبتغاه، أما إذا إعتبرناها إلتزاما بوسيلة فسيكون عديم الجدوى، وقد حاول توجه ثالث التوفيق بين الرأيين من خلال إعتبار أن إلتزام المدين بهذا الإلتزام يتحلل في الواقع إلى إلتزامين، أحدهما إلتزام بنتيجة وهو إلتزام بنقل المعلومات والبيانات إلى الدائن، والإلتزام الثاني إلتزام بوسيلة ويتمثل في إستعمال الوسائل الخاصة لنقل الإعلام إلى الدائن، أنظر في مختلف تلك التوجهات :

- بوعبيد عباسي: الإلتزام بالإعلام في العقود، م، س، ص62
- زهير بنحودة: سلطة القاضي في عقود الإذعان، م، س، ص226
- Jourdain (P): l'obligations de sécurité, a propos de quelques arrêts récents Gaz.pal 1993 P.1174

(2)- وفي هذا الصدد نشير إلى انه إلى عام 1997 كان القضاء الفرنسي تطبيقا للقواعد العامة للإثبات يلزم المدعي بعدم تنفيذ المدعي عليه للإلتزام بالإعلام أن يثبت إدعائه، غير أن محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر في 1997/2/25 قلبت عبء الإثبات ووضعت مبدءا عاما مفاده أن من يلتزم بحكم القانون أو العقد بالتزام بالإعلام يجب عليه أن يقدم الدليل على تنفيذه لهذا الإلتزام، وقد نتج عن هذا القرار تشديد في موضوع الإثبات ضد جميع المهنيين.

المطلب الثاني

حماية العميل من مضمون العقد

تعد الحماية ضد الشروط التعسفية الأسلوب الأوسع انتشارا في التشريعات الحديثة لمواجهة الإختلال في توازن مضمون العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، فالقوة الإقتصادية التي يتمتع بها البنك تجعله قادرا على التحكم في مضمون العقود التي يبرمها مع المتعاملين معه من المستهلكين، وبالتالي تضمينها ما يحقق به مصالحه من شروط، دون النظر إلى كونها تعتبر مجحفة للطرف الآخر، ولإعادة التوازن لهذه العلاقة فإنه يتعين توفير حماية للمستهلك من تلك الشروط، إما بواسطة النصوص التشريعية (الفقرة الأولى)، أو من خلال القضاء (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحماية القانونية من الشروط التعسفية

إن مواجهة الشروط التعسفية التي يقوم الطرف القوي بإدراجها في العقد المبرم بينه وبين طرف ضعيف، لم تكن لتتحقق بداية إلا في سياق نظرية عقود الإذعان[1]، باعتبارها- أي عقود الإذعان- تعالج الأثر المترتب عن ضعف مركز المتعاقد الإقتصادي[2]، فاستغلال هذا الضعف هو الذي عادة ما يفضي إلى وجود الشروط التعسفية، إلا أن ما يؤخذ على هذه النظرية أن الحماية التي توفرها تقتصر على مجموعة محددة من العقود التي يتوجب أن تتوفر فيها عناصر معينة.

- Cass. Civ. 25 fev 1997, Gaz.pal 1997

أشار إليه عدنان إبراهيم سرحان : المهني، المفهوم والإنعكاسات القانونية، م، س، ص 75

(1)- وقد جاءت فكرة عقود الإذعان في الوقت الذي كان من المسلم به في المقتضيات المدنية ذات الطابع الليبرالي أن العقد يقوم مقام القانون انطلاقا من تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا المبدأ لم يعد في عصرنا الراهن هو المرتكز الذي يقوم عليه التعاقد، ويعود ذلك إلى ظهور أنماط جديدة من المعاملات واتساع النشاط الإقتصادي والتجاري وتنوع السلع والخدمات وما يقتضيه ذلك من سرعة في إتمام المعاملات والصفقات، فكل ذلك أدى إلى إهدار هذا المبدأ الأساسي في التعاقد، إذ لم تعد إرادة جميع أطراف العقد حرة في مناقشة شروط العقد وتحديد مضمونه، بل أصبح المتعاقد الذي يمثل مركزا إقتصاديا أقوى هو الذي ينفرد بتحديد مضمون العقد، ويقتصر دور المتعاقد الآخر على الرضا بهذه الشروط من خلال التوقيع على العقد، أنظر في ذلك :

- أستاذنا إدريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م، س، ص 72

- سعد محمد سعد: المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن إستخدام بطاقة الإئتمان، م، س، ص828

(2)- فالحماية التي تقررها نظرية عقود الإذعان وضعت لتواجه نوعا معينا من الضعف وهو الضعف الإقتصادي، فالشخص يلجأ بدافع حاجته الإقتصادية إلى قبول التعاقد بكل ما يتضمنه العقد من شروط تعسفية، وهو قد يكون عالما بفحوى تلك الشروط ومدركا تمام الإدراك لثقل الإلتزامات التي تلقيها على كاهله، إلا أنه نتيجة لحاجته للسلعة أو الخدمة التي يحتكرها الطرف المهني يضطر إلى التعاقد، لهذا تتحقق حمايته وفقا لنظرية الإذعان بإعفاءه من الشروط التعسفية أو تعديلها للحد من نطاق التزاماته بما يضمن إعادة التوازن، انظر:

- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، م، س، ص 109

- سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقي في نطاق عقود الإذعان، م، س، ص 26 وما بعد

وبعد ظهور فكرة المستهلك وتعالي الأصوات المنادية بحمايته تبين أن كثيرا من العقود التي يقوم بإبرامها مع أطراف مهنيين، يكون فيها التوازن العقدي مختلا على شاكلة عقود الإذعان لكنها في نفس الوقت قد لا تتوفر على جميع العناصر المتطلبة لاعتبارها من قبيل عقود الإذعان(1)، مما جعل القوانين تعمل على توسيع نطاق الحماية من الشرط التعسفية لتشمل جميع العقود التي يقوم المستهلك بإبرامها مع المهنيين بغض النظر عن كونها من زمرة عقود الإذعان أم لا.

وقد قام تقنين الإستهلاك الفرنسي(2) وتبعه في ذلك القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك المغربي(3) بتوسيع الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية لتشمل عقود الإستهلاك، وبالإطلاع على تلك القوانين يلاحظ أنها لم تتطلب لتوفير تلك الحماية أن يكون العقد المبرم من عقود الإذعان، وإنما اكتفت بأن يرد الشرط التعسفي في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، وهو ما يعني أن الحماية ضد هذه الشروط تمتد إلى سائر عقود الإستهلاك، سواء كانت من عقود الإذعان أو المساومة.

وتتنوع الأساليب التي يتم الالتجاء إليها لتعيين ما يعد شرطا تعسفيا من الشروط الواردة في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين(4)، ولعل أهم هذه الأساليب ما يعرف بأسلوب القائمة، الذي يتمثل في إعداد قائمة تتضمن تعدادا للشروط التي يفترض أنها شروطا تعسفية على سبيل المثال لا الحصر(5)، ومن ثم يحظر المشرع إدراجها في عقود

---

(1)- راجع في هذه الشروط ما سبق تناوله في الفقرة الأولى من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفرع.

(2)- فالمشرع الفرنسي لم يقم بتضمين المادة 1/132 من تقنين الإستهلاك ما يشير إلى ضرورة إن يأتي الشرط ليعتبر تعسفيا داخل عقد من عقود الإذعان، وذلك مع أن التوجيه الأوروبي الذي استند إليه المشرع الفرنسي لوضع هذه المادة يتطلب أن لا يكون العقد الذي يرد به الشرط موضوعا لمفاوضة فردية بين أطرافه، حيث جاء في المادة 2/3 من التوجيه الأوروبي رقم 13/93 والصادر في 5 إبريل 1993 أن الشرط لا يعتبر محل مفاوضة فردية إذا تمت صياغته سلفا ولم يكن باستطاعة المستهلك أن يؤثر في مضمونه وبخاصة في عقود الإذعان.

(3)- وذلك في المادة 15 من القانون رقم 31.08 والمتعلق بحماية المستهلك والتي جاء فيها "يعتبر شرطا تعسفيا...تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد وتطبق كذلك بوجه خاص على سندات الطلب والفاتورات وأذون الضمان والقوائم أو أذون التسليم والأوراق أو التذاكر والتي تتضمن شروطا متفاوضا بشأنها بحرية أو غير متفاوض في شأنها أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقا"

(4)- فقد يعمد المشرع إلى إخضاع هذه المسألة بالكامل للسلطة التقديرية للقضاء، وهو ما قرره المشرع الأردني في المادة 204 من القانون المدني فيما يتعلق بعقود الإذعان، ولا شك أن هذا الحل يتميز بالمرونة والبساطة، غير أن ما يؤخذ عليه أنه لا يتضمن معايير واضحة ومحددة يتقيد بها القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط، على نحو يفتح الباب واسعا أمام تحكم القضاء وإساءة إستعمال السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لهم، مما قد يؤدي كذلك إلى تضارب أحكام وقرارات القضاء حول مسائل متشابهة، أنظر في ذلك :

- حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، م، س، ص 62
- محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، ، س، ص 118

(5)- وتسمى هذه الطريقة بالقائمة الإسترشادية، أو القائمة الرمادية تمييزا لها عن نوع آخر من القوائم تسمى القوائم السوداء أو القوائم الحصرية والتي تتضمن تعداد حصريا لشروط تعد تعسفية بما لا يقبل إثبات العكس، بحيث إذا وردت في أحد العقود وجب الحكم ببطلانها، ولا يتمتع القاضي تجاهها بأي سلطة، وتشير القائمة السوداء إلى مظاهر التعسف الأكثر جسامة وإضرار بمصالح المستهلك، فيسهل التعرف على الشروط التعسفية، وتصبح

الإستهلاك، لكن هذا الافتراض يكون قابلا لإثبات العكس بحيث يمكن للمهني أن ينفي الصفة التعسفية للشرط.

وقد قام المشرع المغربي بإتباع هذا الأسلوب، وأورد قائمة من الشروط التي تعتبر شروطا تعسفية في المادة 18 من قانون حماية المستهلك، وبهدف إستيعاب ما قد يستجد في العمل من شروط لم ترد في القائمة، تضمن القانون السابق معيارا عاما للشرط التعسفي من خلال المفهوم الذي قام بوضعه له، يعتبر بمقتضاه الشرط تعسفيا إذا ترتب عنه تفاوتا ظاهرا في حقوق والتزامات طرفي العقد ضد مصلحة المستهلك، من خلال إعفاء المهني من التزاماته والتشديد من التزامات المستهلك.

وبناءا على ما سبق فإن العميل مستخدم أداة التحويل البنكي الإلكتروني باعتباره مستهلكا يستفيد من الحماية التي قررها التشريع المغربي ضد الشروط التعسفية، فتكون باطلة وفقا لذلك جميع الشروط التعسفية التي يقوم البنك بإدراجها في العقد المبرم بينه وبين العميل، وللقاضي أن يسترشد بالقائمة الواردة في المادة 18 من القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك لتحديد تلك الشروط، على أن تظل جميع المقتضيات الأخرى مطبقة، بحيث يظل العقد قائما إن أمكن ذلك[1].

أما المشرع الأردني فلا زال يفتقر إلى التدخل المباشر لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي ترد في أحد عقد الإستهلاك والتي لا تعتبر من زمرة عقود الإذعان، لهذا فإن القواعد العامة في القانون المدني هي السائدة فيه، وفي هذا الصدد يشير الفقه[2] إلى عدم كفاية القواعد العامة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، فنطاق عيوب الإرادة

باطلة بقوة القانون بما لا يدع مجالا للإجتهاد أو التفسير، لكن ما يؤخذ على هذا النظام هو أنه سرعان ما يصاب بالجمود نتيجة للتطورات الإقتصادية والتكنولوجية المتلاحقة، فيقف عاجزا عن مواجهة ما يستجد من شروط، أنظر في هذا النظام :

- حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، م، س، ص 63
- Ghestin (J) et Marchessaux (I): Contrats d'adhesion et clauses abusives en droit francais, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J, 1996 , p 47

(1)- جاء في المادة 19 من قانون بحماية المستهلك " تعتبر باطلة وكأنها لم تكن الشروط التعسفية الواردة في العقود المبرمة بين الموردين والمستهلكين. تظل جميع مقتضيات العقد الأخرى مطبقة ما عدا تلك المعتبرة تعسفية إذا أمكن للعقد أن يبقى بدون الشروط المذكورة"

(2)- أنظر في هذا الصدد :

- أستاذنا إدريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م، س، ص 74
- سعد محمد سعد: المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الإئتمان بين الجهة المصدرة والتاجر م.س.ص838.

وفي هذا الإطار يرى البعض بأن نظرية الغبن ولو بمفهومها الحديث المتمثلة في عدم التكافؤ القائم وقت إبرام العقد بين الإلتزامات المتقابلة للطرفين لا تؤمن بدورها حقوق المستهلك بالنظر إلى الجزاء الذي ترتبه ، فعند ثبوت الغبن تقضي ببطلان العقد بكامله ، في حين قد يفضل المستهلك إبطال البند التعسفي دون العقد ، فهو يكون أمام خياران أما الإقرار بجميع بنود العقد أو فسخه بكافة بنوده .

- محمد المسلومي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 100، سنة 2006، ص108

على سبيل المثال ضيق للغاية، وهو ما ينعكس على نطاق حماية الطرف الضعيف من اختلال التوازن العقدي.

وبالإضافة إلى ذلك فإن الإعتماد على وسيلة الإبطال لإنهاء العقد المتضمن شرطا تعسفيا في نطاق نظرية التغرير أو الغبن قد لا يكون جزاءا فعالا لحماية الطرف الضعيف(1)، الذي عيبت إرادته لأن مصلحته قد تكون في الإبقاء على العقد وليس إبطاله، لأن الإبطال يعني الحرمان من المنفعة التي كان يسعى إليها من خلال إبرامه لهذا العقد، وبالتالي فإن مصلحته تقتضي إلغاء الشرط التعسفي مع البقاء على العقد إن أمكن ذلك.

وإزاء عدم قدرة القواعد العامة في القانون المدني الأردني على حماية الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية وعدم فعاليتها في توفير مناخ ملائم لتأكيد صحة إرادة المستهلك، فإن تحقيق الحماية تستدعي وجود نظام قانوني خاص ينبذ مثل تلك الشروط، وبالنظر لوجود مشروع قانون لحماية المستهلك الأردني مطروح للنقاش، نتساءل عن الحماية التي يوفرها ضد الشروط التعسفية؟

بداية نشير إلى أنه المشروع لم يقم بتوضيح المقصود بالشرط التعسفي ولم يبين معاييره، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الذي لم يقم بذلك عند تناوله لمآل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان في المادة 204 منه، كما أن المشروع اختار وسيلة الرقابة السابقة على الشروط التعسفية حيث قام بتكليف لجنة خاصة(2) تم النص عليها في المادة 20(3) من المشروع بدراسة العقود النموذجية التي يبرمها المهنيين مع المستهلكين

(1)- أنظر في ذلك :
- أستاذنا إدريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م، س، ص 77
وهو ما يقال كذلك عند التمسك بنظرية الغلط، والتي تعد قاصرة كذلك على أن تكون وسيلة فعالة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية لما يترتب على إعمالها من إبطال العقد وليس إستبعاد الشروط التعسفية مع الإبقاء على وجوده، لمزيد من الإطلاع حول هذا الموضوع أنظر:
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م، س، ص 336 وما بعد
- حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، م، س، ص63 وما بعد

(2)- وبمقارنة كيفية عمل هذه اللجنة مع لجنة الشروط التعسفية والتي قام المشرع الفرنسي بإنشائها بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 10 يناير 1978، يلاحظ أن هذه الأخيرة تعتمد في تحديد ما يعتبر تعسفيا من الشروط الواردة في العقود النموذجية المبرمة بين المهنيين والمستهلكين على المعيار الذي أورده المشرع الفرنسي في المادة 1/132 من قانون حماية المستهلك والتي عرفت الشرط التعسفي، والمتمثل في التفاوت الكبير بين حقوق والتزامات الأطراف بما يخل بمصلحة المستهلك والذي خلفه الشرط التعسفي، أخذا بعين الإعتبار بقية الشروط الواردة في العقد، بالإضافة إلى إمكانية الإعتماد على المعايير الأخرى والواردة في نفس القانون والتي من بينها مدى استعمال النفوذ الإقتصادي، بينما نجد أن مشروع قانون حماية المستهلك الأردني أطلق يد هذه اللجنة دون وضع أي معيار لها.

(3)- وقد نصت المادة 20 من مشروع حماية المستهلك لعام 2006 على " أ- تكون العقود النمطية باللغة العربية باعتبارها اللغة الرئيسية ويجب أن تبين بخط واضح العناصر الجوهرية للتعاقد. ب- مع مراعاة أحكام التشريعات المعمول بها ، للوزير، بناء على توصية المجلس أن يشكل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص والجهات ذات العلاقة تتولى دراسة العقود النمطية المتداولة في مختلف مجالات الاستهلاك وإصدار التوصيات

للبحث عن الشروط التعسفية، وأول ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد هو غياب المعيار الذي ستعتمد عليه هذه اللجنة لتحديد ما يعتبر شرطا تعسفيا، الأمر الذي قد يثير العديد من الإشكالات.

ومن خلال الإطلاع على تكوين ومهام تلك اللجنة يلاحظ أنها عبارة عن لجنة إدارية[1]، تقوم بأعمال ليست لها الصفة الملزمة على الإطلاق، فبعد قيامها بدراسة العقود النمطية وبحثها عن الشروط التعسفية الواردة فيها، تصدر توصياتها بخصوص تلك الشروط، وهذه التوصيات قد تكون محل نظر الوزير المختص الذي يقوم بنشرها وتبليغها للجهات المعنية لمراعاتها عند إعداد نماذج العقود، وبالتالي يبقى عمل هذه اللجنة عملا وقائيا غير فاعل في حماية المستهلك الذي يكون قد تعاقد أصلا مع المهني بعقد يتضمن شروطا تعتبر تعسفية، وبالتالي لا يبقى سوى البحث عن الدور الذي يمكن أن يقوم به القضاء لتوفير تلك الحماية.

الفقرة الثانية : الحماية القضائية ضد الشروط التعسفية

يلعب القضاء دورا هاما في إعادة التوازن للعلاقات التعاقدية بين المهنيين والمستهلكين من خلال تطبيقه للقواعد القانونية المكرسة لهذه الحماية، والحقيقة أن دور القضاء لا يقتصر على تطبيق القواعد القانونية خصوصا في التشريعات التي وضعت قوانين خاصة لحماية المستهلك ومن بينها التشريع المغربي، فالملاحظ أنه قد تم منحه مساحة تمكنه من الاجتهاد وممارسة سلطته التقديرية، وهو ما يتضح من خلال دوره في معاينة شروط العقد واستجلاء عناصر الشروط التعسفية وتحديدها[2].

والقضاء المغربي إذ يقوم بها الدور فإنه يقوم به بشكل متوازي ومتداخل مع سلطته في تفسير وتأويل العقود[3]، نظرا لان تحديد الصبغة التعسفية لشرط ما يقتضي من

حول الشروط المجحفة بحق المستهلك. ج- يقوم الوزير بنشر توصيات اللجنة وتبليغها للجهات ذات العلاقة بها لمراعاتها عند إعداد صيغ العقود النمطية"

(1)- أنظر في ذلك :

- أحمد محمد رفاعي : حماية المستهلك إزاء المضمون العقدي، م، س، ص 235
- سعيد سعد عبد السلام : التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، م، س، ص 122

ويرى البعض بأن الأمر يتعلق بنوع من الرقابة الحكومية ممثلة في لجنة الشروط التعسفية، أنظر في ذلك :

- Calais-Auloy (J): Droit de la consommation,Op.Cit, p42

(2)- وذلك من خلال الاسترشاد بالقائمة التي قام المشرع المغربي بإيرادها في المادة 18 وبالنظر إلى الشروط التي قام بتحديدها للشرط التعسفي والواردة في المادة 15، وفي هذا الصدد جاء في مطلع المادة 18 من القانون رقم 31.08 والمتعلق بتدابير حماية المستهلك أنه " مع مراعاة تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معا، وعلى سبيل المثال لا الحصر، يمكن أن تعتبر الشروط تعسفية إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة 15 أعلاه ويكون الغرض منها أو يترتب عنها ما يلي :....."

(3)- فقد جاء في المادة 16 من القانون رقم 31.08 والمتعلق بتدابير حماية المستهلك " دون الإخلال بقواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من 461 إلى 473 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الإلتزامات والعقود، يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع وقت إبرام

القاضي النظر إلى جميع الشروط التي تحكم العقد للوقوف على حقيقة النزاع والخروج بالحل الأكثر عدالة لإقامة التوازن العقدي، بالرجوع إلى جميع الظروف المحيطة بإبرام العقد، ومن خلال المقارنة بين مختلف الشروط الواردة فيه والوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

أما بالنسبة للمشرع الأردني فنظرا لغياب نصوص تشريعية صريحة تضمن التوازن العقدي وتحمي المستهلك من الشروط التعسفية[1]، والذي قام بإبرام العقد تحت ضغط الظروف الإقتصادية والحاجة، فإن التساؤل يطرح حول الدور الذي يمكن أن يلعبه القضاء في هذا الصدد، فهل يمتلك القضاء الأردني السلطة لتعديل العقد بصدد الشروط التعسفية بهدف تحقيق قدر من التوازن المطلوب في العقد المبرم بين المهني والمستهلك وفقا لما تقضي به العدالة؟

لا شك أن القاضي عندما يمارس سلطته تجاه العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين فإنه يمارسها وفقا للإطار القانوني الذي حدده له المشرع، فيتصدى من خلال ذلك لفحص شروط العقد، وما يمكن ملاحظته منذ البداية أن تشبع قواعد القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة لم يترك أي مجال للقاضي لإستخدام سلطته في تحقيق التوازن بين أطراف العقد، وبمجرد إبرام العقد فإنه يصبح قانون الطرفين، والقاضي بذلك ملزم باحترام ما تم تكريسه في العقد باعتباره معبرا عن إرادة أطرافه ورضاهم وفقا للقاعدة الأولى من قواعد التفسير التي وضعها المشرع الأردني[2].

وعملية التفسير التي يقوم بها القاضي هي في الواقع عملية ذهنية وعقلية يحاول بها فهم نصوص العقد والوقوف على معاني الألفاظ التي صيغ بها والبحث في أغوار العلاقة

العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد. ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين بعضهما ببعض من الوجهة القانونية".

(1)- باستثناء المادة 204 من القانون المدني والمتعلقة بحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان من الشروط التعسفية، وقد سبق وأشرنا إلى أن عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية لا يعتبر من قبل عقود الإذعان، نظرا لعدم توفر جميع الشروط المتطلبة فيه، فهو يختلف عن عقد الإذعان في كون الخدمة التي يقوم البنك بتقديمها لعميله لا تعتبر ضرورية إلى حد لا يمكن الإستغناء عنه، وقد توجهت محكمة التمييز الأردنية في هذا الإتجاه في أحد القرارات الصادرة عنها والذي جاء فيه " حيث إن العميل هو الذي تقدم بطلب الحصول على بطاقة الفيزا كارد وانه وقع على الطلب وعلى الشروط المشار إليها أعلاه بعد موافقة البنك لإعطائه هذه البطاقة فإن ادعائه بان هذا العقد هو عقد إذعان يخالف الواقع والقانون..."

- قرار محكمة التميز الأردنية عدد 2004/814، سبقت الإشارة إليه

(2)- فقد جاء في المادة 213 من القانون المدني " الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد" ونشير إلى أن الحديث عن حالات التفسير حديث عن الأسباب الداعية إلى التفسير أو الدافعة إليه، فاللغة التعاقدية ليست لغة حسابية ينزع عنها الإلتباس نزعاء، والحديث عن حالات التفسير يجر إلى استعراض العلاقة بين الإرادة وبين المعنى والمبنى، والمنطق يقتضي اختلالا في الترابط بينهما، لأن التفسير بحث عن مدلول سبق التعبير عنه لكنه جاء منقوصا في حمل الدلالة ومعتلا من هذه الناحية، أنظر:

- محمد الهيني : دور القاضي في تفسير العقد ، مقال منشور بمجلة الإشعاع ،عدد 29، غشت 2004 ص75

التعاقدية[1]، كشفا عن إرادة المتعاقدين بصفة أساسية وأيضا بتكييف العقد كمسألة أولية يصل بها القاضي إلى حقيقة العقد حتى يطبق عليه الأحكام الواجبة، ومتى كانت شروط العقد واضحة وصريحة، فإنه يتعين على القاضي الإلتزام بهذه المعاني الظاهرة دون الإنحراف إلى غيرها من الإحتمالات كما هو الشأن في قيامه بتفسير النصوص القانونية[2]، فإذا كانت عبارة العقد واضحة وتكشف عن إرادة المتعاقدين وجب على القاضي التقيد بها ويطبق حكم العقد على أساس أن دلالة العبارة تفصح عن نية المتعاقدين[3].

إلا أن هناك استثناء يمكن للقاضي فيه الخروج عن الدلالات الواضحة للعقد ويتعلق الأمر كما يرى بعض الفقه[4]بالحالات التي ينشأ فيها تناقض بين العبارات الواضحة للعقد والإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فرغم وضوح العبارة إلا أن المتعاقدين قد أساءا إستعمال هذا التعبير الواضح الأمر الذي يؤدي إلى غموض الإرادة، فيتحمل القاضي في هذه الحالة إثبات النية المشتركة للمتعاقدين[5]، مبررا إنحرافه عن المعنى الظاهر الوارد في العقد،

---

(1)- عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشاة المعارف ،الإسكندرية، 1985 ص11

(2)- وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 239 من القانون المدني الأردني على أنه " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين" ، أنظر :

- أستاذنا إدريس الفاخوري: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م، س، ص 83

- إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، م، س، ص594

وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية في العديد من القرارات الصادرة عنها عدم جواز تدخل القاضي عند وضوح عبارات العقد، فقد جاء في قرار لها " يستفاد من أحكام المادة 239 من القانون المدني انه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين وحيث أن عقد القرض سالف الإشارة وبما تضمنه من عبارات واضحة وصريحة لا محل للانحراف عن تفسيرها وحيث أن المميز اقر صراحة بالاقتراض من المميز ضده كما ورد في جوابه على لائحة الدعوى وفي السبب الأول من لائحة التمييز هذه.."

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2006/1513 والصادر بتاريخ 13/11/2006 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(3)- وقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية " إذا كانت عبارات المخالصتين وعقد العمل محدد المدة الموقع من الطرفين الذي تضمن عمل المدعي لدى البنك ، عبارات واضحة لا يجوز الانحراف في تفسيرها إلى القول بان المدعي كان يعتقد بتسوية حقوقه وفق ما تقضي به صراحة نص المادة 239 من القانون المدني..."

- قرار محكمة التميز الأردنية عدد 2002/93 والصادر بتاريخ 20/01/2002 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(4)- أنظر في ذلك :

- أستاذنا إدريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م، س، ص82

(5)- وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 239 من القانون المدني الأردني " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات..."

وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية "... ولأن محكمة الموضوع هي صاحبة الصلاحية في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أو في المقصود في العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف

على أساس أن المتعاقدان إستعملا الألفاظ في غير المعاني الحقيقية التي يقصدانها وهذا يقتضيه أن يوضح الكيفية التي توصل بها إلى إستخلاص المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان.

لكن حتى في الحالات التي تكون فيها عبارات العقد غامضة فإن تدخل القضاء لا يكون سوى لإظهار النية الحقيقية للطرفين، ولا شك أن هذه الحالة تمثل المجال الأوسع لاستخدام القاضي لسلطة التفسير آخذا بعين الإعتبار النية المشتركة للمتعاقدين، فتفسير شروط العقد الغامضة يدخل ضمن سلطة القاضي المطلقة للبحث عن هذه الإرادة المشتركة دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ ولا بتكوين الجمل(1)، بل إن البعض(2) يرى أن حالة غموض عبارات العقد هو الإطار الذي لا تبخل نظرية سلطان الإرادة عن الترخيص فيه للقاضي بالاطلاع بدوره الأكثر إيجابية في ميدان التأويل.

وعموما فإن الدور الذي يلعبه القضاء لمواجهة الشروط التعسفية تحت ستار التفسير لا يعتبر فاعلا ولا كافيا في حماية العميل المستهلك وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية(3)، نظرا لأن وسيلة التدخل محكومة بالمبدأ العام الذي يهيمن على المنظومة القانونية المتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة، وتدخل القاضي في المجال التعاقدي لن يكون إلا في إطار ما يسمح به هذا المبدأ الذي لا يعطي له إمكانية التدخل لتعديل شروط التعاقد.

فسلطة القاضي في تفسير العقد تستند إلى إرادة المتعاقدين باعتبارهما أصل التعاقد، والقاضي يمارس في ذلك سلطة أصلية نابعة من صميم صلاحيته القضائية، إذ هو بتقصيه الإرادة المشتركة بين المتعاقدين يكون بصدد تطبيق قانون العقد، باعتبار أن العقد شريعة

الدعوى وملابساتها وفقاً للقواعد المنصوص عليها في المواد 213-240 من القانون المدني، ولها بهذه السلطة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك إلى طبيعة التعامل....وفي حالة الدعوى المعروضة ولوجود غموض وتناقض بين ما ورد في البند الخامس من الاتفاقية المبرمة بين الطاعنة والمطعون ضده بتاريخ 1990/10/16 وما ورد في البند السادس في الاتفاقية المبرمة بينهما بتاريخ 1998/3/11 من وصف بأن هذين العقدين ليسا عقد عمل ولا يخضعان لقانون العمل وبين ما ورد في باقي بنود هذين العقدين وطبيعة العلاقة بين الطرفين وظروف الدعوى فقد بادرت محكمة الاستئناف بصفتها محكمة موضوع إلى تفسيرهما والوقوف إلى النية المشتركة للطرفين وفقاً للصلاحية الممنوحة لها في الفقرة الثانية من المادة (239) من القانون المدني.."

- قرار محكمة التميز الأردنية عدد 2006/3381 والصادر بتاريخ 25/02/2007 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية.

(1)- والقاضي ملزم عند غموض العبارة ألا يستند في إستخلاص نية المتعاقدين إلى عبارات معينة دون سائر العبارات الأخرى، بل ينبغي عليه الأخذ بما تفيده عبارة العقد بأكملها مستهديا في ذلك بطبيعة التعامل، انظر في ذلك :

- أستاذنا إدريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م، س، ص 83

(2)- محمد شيلح: سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود، م، س، ص251

(3)- أستاذنا إدريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م، س، ص 81

المتعاقدين وأن الأصل فيه رضا المتعاقدين وما التزما به في التعاقد[1]، والقاضي في هذه الحالة يطبق العقد كما يطبق القانون.

أما تعديل العقد فإنه يستهدف البحث عن أسس أخرى قد تكون من خارج نطاق العقد وإرادة المتعاقدين، فهي إن ثبتت للقاضي تكون سلطة تقيد حرية المتعاقدين إلى أبعد الحدود[2]، ويمارس القاضي سلطته تلك بموجب استثناء خوله المشرع إياه قوامه نص آمر، الهدف من ورائه تحقيق قدرا من التوازن الضروري للالتزامات المتقابلة في العقد[3]، وهنا نتساءل عن موقف مشروع قانون حماية المستهلك الأردني، فهل أعطى للقضاء هذه المكنة؟

سبق وأشرنا إلى أن واضعي المشروع اختاروا أسلوب الرقابة الوقائية على الشروط التعسفية من خلال لجنة العقود النمطية التي تقوم بدراسة مختلف العقود لتحصر ما يعتبر تعسفية من الشروط التي تحتويها، وعلى الرغم من أن هذه اللجنة قد تعد فاعلة في منع إدراج تلك الشروط إذا ما نشرت توصياتها تبعا للإجراءات المحددة في المشروع، وبحكم تكوينها من أشخاص متخصصين وخبراء في المجالات التي تنظمها العقود، فإنه من الصعب القول بنجاعة هذه الوسيلة وحدها بشكل مطلق.

فباستعراض مختلف النصوص الواردة في المشروع يلاحظ أن واضعيه لم يخولوا للقضاء أي سلطة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، والحقيقة أنه نظر لأهمية الدور الذي يقوم به القضاء في هذا الصدد فقد كان من المفترض أن يتم منحه سلطة بهذا الخصوص على غرار السلطة الممنوحة له للحد من الشروط لتعسفية في إطار عقود

---

(1)- وعبارات العقد الواضحة تغل يد القاضي عن مراجعة مضمون العقد ما دامت مقتضياته غير مخالفة للنظام العام، أنظر في ذلك :

- أستاذنا إدريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م، س، ص 80 وما بعد
- عبدا لمنعم فرج الصدة : في عقود الإذعان في القانون المصري، م، س، ص 285

(2)- فعلى سبيل المثال إن تدخل القاضي تجاه الشرط التعسفي الوارد في عقد الإذعان وفقا للمادة 204 من القانون المدني الأردني هو لإعادة المراكز القانونية إلى ميزان العدالة التعاقدية، أو على الأقل إزالة التفاوت الكبير بين النفوذ الإقتصادي الكبير من جانب المهني المحتكر والطرف المذعن الذي رضخ لشروطه، ويترتب عن ذلك الحد من هذا الشرط عن طريق تعديله أو إلغاءه بما يترتب عنه إهدار قيمته القانونية، ولا شك أن هذه المهمة تتعارض مع مهمة القاضي في نطاق القواعد العامة التي تقصر تلك المهمة على تفسير العقد لإعمال القواعد القانونية عليه، ويختلف الدور الذي يقوم به القاضي في تعديل العقد عن دوره في تفسيره في انه لا يقوم على الوقوف عند ما يريده أطراف العقد، وإنما يسعى من خلال استعراض مجموع المصالح المحيطة بالعقد إلى الوقوف على النزاع والخروج بالحل الأكثر عدالة لتحقيق التوازن العقدي فيه، أنظر في ذلك :

- سعيد سعد عبد السلام : التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، م، س، ص 71

(3)- وقد نصت المادة 204 من القانون المدني الأردني أن وظيفة تعديل العقد في نطاق عقود الإذعان يقوم بها القاضي "....وفقا لما تقضي به العدالة"، بمعنى أن المعيار الذي يقتدي به القاضي لتحقيق التوازن العقدي في تلك العقود هو العدالة، ولا يخفى مدى مرونة هذا المعيار الذي يعبر عن شعور شخصي متغير قد يختلف من شخص إلى آخر ومن قاضي إلى آخر، ولا شك أن الإحساس بالصواب الذي ينطلق من بحث القاضي في مجموع الظروف الموضوعية لا الذاتية هو ما يسمح له بتحقيق تلك العدالة.

الإذعان، خصوصا إذا ما علمنا أن القضاء الأردني يستبعد العقود التي تقوم البنوك بإبرامها مع المتعاملين معها من نطاق هذه الحماية.

فبالإضافة إلى الدور الذي تقوم به مؤسسات المجتمع المدني ممثلة بجمعيات حماية المستهلك في الوقاية من الشروط التعسفية نظرا لقدرتها التفاوضية في مواجهة المهنيين[1] التي تتيح لها إمكانية التصدي لظاهر التعسف التعاقدي في منبعها، فقد كان من اللازم على واضعي المشروع أن يعطوا دورا للقضاء في حماية المستهلكين من الشروط التي تم وضعها بالفعل في العقود مع المهنيين، ومن الأفضل لو أن المشرع يقوم بوضع قانون لحماية المستهلك يكون شخص الطرف الضعيف فيه محل إعتبار عند تعاقده مع المهني، ويمنح للقضاء سلطات توازي تلك التي منحها له المشرع بصدد عقود الإذعان.

وذلك أن وضع نصوص خاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية ستؤدي إلى نشوء العقد إبتداءا متوازنا بالقدر الذي يحقق العدالة، كما أن منح وسائل تعديل هذه الشروط أو إبطالها للقضاء يوفر حماية للطرف الضعيف إذا ما تم التعاقد في ظروف أدت إلى تفاوت ظاهر في حقوق والتزامات أطرافه بما يضر بمصالح المستهلك، لهذا فإن كل من الوسيلة القانونية والقضائية للحماية من الشروط التعسفية تعتبران مكملتان لبعضهما البعض ولا غنى لأحدهما عن الأخرى.

---

(1)- أنظر في ذلك :
- أستاذنا الحسين بلحساني: الإلتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون، م.س.ص51
وفي نفس السياق نشير إلى دور هذه الجمعيات في القانون رقم 31.08 الخاص بحماية المستهلك في المغرب يتمثل في الإعلام و الدفاع عن مصالح المستهلكين أمام القضاء أو الإدارة كما تنص على ذلك المادة 147و151 علاوة على ما ذكر إمكانية رفع الدعاوى من أجل المطالبة بإلغاء الشروط التعسفية طبقا لنص المادة 158، وهي نفس الوظائف التي تقوم بها جمعيات حماية المستهلك وفق المادة 13 من مشروع قانون حماية المستهلك الأردني، أي أن دورها وقائي يعمل على تفادي ورود هذه الشروط في النماذج المقترحة من قبل المهنيين التي قد تتحول مستقبلا إلى عقود استهلاكية، وللمزيد من الإطلاع حول دور هذه الجهات بصفة عامة أنظر:
- حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، م، س، ص264 وما بعد
- أحمد أبران : حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة والخاصة ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول ، وجدة، السنة الدراسية 1999-2000 ، ص 70 وما بعد
وبالإضافة إلى ذلك أنشأ مشروع حماية المستهلك الأردني ما سمي بالمجلس الأعلى لحماية المستهلك في المادة 17 يترأسه الوزير ويضم في عضويته مجموعة من الفعاليات المهنية والإجتماعية والإقتصادية المرتبطة بمجالات مختلفة من بينها مدير عام الجمارك، ومدير عام مؤسسة المواصفات والمقاييس بالإضافة إلى ممثلين مختلفين عن قطاعات الإتصالات والتأمين والنقل والصحة والزراعة والسياحة ومندوب عن جمعية البنوك بالإضافة إلى أكاديميين أو متخصصين في مجالات الإستهلاك وغيرها من القطاعات، ويقوم هذا المجلس بإقرار السياسات العامة لحماية المستهلك والمشاركة في إعداد مشروعات القوانين المتعلقة بحماية المستهلك والعمل على تحسين جودة السلع والخدمات.

الفصل الثاني

الجوانب الإجرائية للمسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التحويل

تعد الحماية القانونية والقضائية لما يقع على الحقوق من تعد أو تهديد بالتعدي وحماية المراكز القانونية الوظيفة الأساسية لنظام المسؤولية المدنية، وتحقيق هذه الحماية الموضوعية يتطلب من الأفراد إتباع الوسائل التي قررها القانون لذلك والمتمثلة في اللجوء إلى الجهات التي خول لها المشرع تطبيق القواعد القانونية العامة على الوقائع المحددة المكونة لعناصر النزاع، ذلك أن الشخص لا يستطيع إقتضاء حقه بنفسه إنطلاقا من منطق القوة، بل يتعين عليه اللجوء إلى سلطة القضاء بإتباع الوسائل والإجراءات المحددة لذلك.

وتعتبر الدعوى الأداة القانونية التي يستخدمها الأفراد لرد الاعتداءات على مراكزهم القانونية ولاقتضاء حقوقهم التي تم المساس بها من طرف الغير، وهي في نفس الوقت أداة القاضي لمنح الحماية القانونية والقضائية لمختلف الأفراد وفقا لاقتناعه، لكن ما تجدر الإشارة إليه أن اقتناع القاضي ليس اقتناعا ذاتيا، وإنما يتكون من خلال أعمال إجرائية متتالية، وهذه الإجراءات هي التي تكون ما يسمى بالخصومة[1] والتي يشارك فيها الخصوم أو من يمثلهم بالإضافة إلى القاضي وأعوانه.

والأعمال أو الإجراءات التي تتكون منها الخصومة لا تسير بصورة ارتجالية أو وفقا لرأي الخصوم أنفسهم أو محض تقدير القاضي، إنما تخضع لنظام معين يرسمه المشرع من خلال مجموعة القوانين التي تنظم الإجراءات أمام المحاكم، كقانون المسطرة المدنية في المغرب وقانون أصول المحاكمات المدنية في الأردن، بالإضافة إلى ما ترتبط بها من نصوص ومراسيم وقرارات متفرقة تحدد الضمانات اللازمة لتحقيق غاية العمل القضائي.

(1)- وتعرف الخصومة على أنها الحالة القانونية التي تنشأ عند رفع الدعوى إلى القضاء، أو الحالة القانونية الناشئة عن المطالبة القضائية وتقتضي قيام الخصوم والمحكمة بالإجراءات المؤدية إلى فصل النزاع، والخصومة هي عبارة عن ظاهرة مركبة من حيث تكوينها، تشمل جميع الأعمال النظامية التي تتخذ أمام القضاء وتبدأ بالمطالبة القضائية أو رفع الدعوى ثم تابع إجراءات الخصومة الواحد تلو الأخر حتى تصل إلى نهايتها الطبيعة بالحكم بموضوع النزاع أو إنقضائها دون صدور هذا الحكم، كما أن الخصومة ظاهرة مركبة من حيث أشخاصها، فهي تشمل الخصوم أو المدعي والمدعى عليه سواء من تقدموا أو تقدم في مواجهتهم الطلب إبتداءا أو تدخلوا بعد ذلك في الخصومة، كما تشمل الخصومة كذلك القاضي والذي يقوم بإجراءاتها دون أن يكون طرفا فيها، وأخيرا تشمل الخصومة أعوان القضاء من كتاب الضبط والمحاميين والخبراء والمحضرون، أنظر في ذلك :

- أستاذنا عبد العزيز حضري : الأسس الخلقية لإلتزامات أطراف الخصومة القضائية، مجلة طنجيس، عدد 1، 2001، ص 133
- وجدي راغب: مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون تاريخ، ص 5 وما بعد

لهذا فإن الغاية من هذا الفصل هو التطرق لمختلف القواعد الإجرائية المتعلقة بالمسؤولية المدنية للبنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني من خلال تتبع دور كل من الخصوم أنفسهم وكذلك القاضي وأعوانه وفق القوانين الإجرائية والموضوعية إبتداءا من المطالبة القضائية وصولا إلى تسوية النزاع بين الطرفين، وقد ارتأينا أن نبدأ هذا الفصل بدراسة القواعد التي تحكم الإثبات في النزعات التي تقوم بين البنك والعميل نظرا لأهميتها والإشكالات التي تطرحها في (الفرع الأول)، قبل الحديث عن وسائل تسوية النزاع والآثار التي تنتج عن ذلك من جزاء قيام المسؤولية أو تعديل وإنهاء العلاقة التعاقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإثبات في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية يترتب عنها أثر ما[1]، والواقعة القانونية إما أن تكون تصرفا قانونيا أو مجرد فعل مادي[2]، وإذا كان يجوز إثبات الأفعال المادية بكافة طرق الإثبات فإن التصرف القانوني

---

(1)- وقد عرف الأستاذ السنهوري الإثبات على أنه " إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها "، بينما عرفه الأستاذ أحمد نشأت على أنه " تأكيد حق متنازع فيه لـه أثـر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق"، وفي نفس المعنى يرى الأستاذ أسامة أحمد شوقي المليجي أن الإثبات هو " إقامة الدليل أمام القضاء علي حقيقة واقعة معينة يؤكدها أحد الأطراف في خصومة وينكرهـا الطرف الأخر"، ويعرف الأستاذ إدريس العلوي العبدلاوي الإثبات على انه " إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة متنازع عليها بالوسائل التي حددها القانون"، وعرفه الأستاذ احمد أبو الوفا على أنه " إقامة الخصم المكلف به الدليل أمام القضاء على وجود أو انقضاء الواقعة القانون المترتبة للحق المدعي به بإحدى الطرق التي حددها القانون وبالكيفية التي حددها" أنظر :

- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، م، س، ص 13
- أحمد نشأت : رسالة الإثبات، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 29
- أسامه أحمد شوقي المليجي : شرح القواعد الإجرائية في الإثبات،، بدون الناشر ومكان النشر 1997، ص 2
- إدريس العلوي العبدلاوي : وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعـة فـضالة، المحمديـة، الطبعـة الأولى1977 ص14
- أحمد أبو الوفا : التعليق علي نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 15

- Grynbaum (L): Preuve, Répertoire de droit commercial, Ed Dalloz 2010, P1 et 7

(2)- والواقعة المادية هي التي لا يكون لإرادة الإنسان دور في تحققها أو كان لها دورا لكن القانون لا يعتـد بـه، وهذه الواقعة قد تكون طبيعية كالميلاد (في إثبات النسب والنفقة) والوفاة (في إثبات الحق في الخلافـة العامـة) والفيضان والسيول والزلازل (لإثبات القوة قاهرة)، وقد تكون من عمل الإنسان كارتكاب فعل غيـر مـشروع (المسئولية التقصيرية) والقيام بالفعل النافع (الإثراء بلا سبب وصورها)، أما التصرف القانوني فهو على عكس سابقته، فتتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، كالعقد والإرادة المنفردة.

ويترتب عن التمييز بين الوقائع المادية والتصرفات القانونية إختلاف القواعد المتعلقة بإثبات كل منهما، فالوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، لأن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين مـن الأدلـة، وإلا استحال إثباتها في أغلب الحالات، فمن غير المقبول، مثلاً، مطالبة المضرور بدليل كتابي لإثبات الفعل الـضار

يخضع في إثباته لقواعد قانونية محددة يجب إتباعها(1).

وقد قامت مختلف التشريعات بتحديد الوسائل التي يستطيع الأشخاص الاعتماد عليها لإثبات الوقائع القانونية المنشئة لحقوقهم من بينها الكتابة على المستندات الورقية كأحد أهم تلك الوسائل(2)، لكن ما يلاحظ أن استخدام الحاسب الإلكتروني لإجراء مختلف المعاملات أدى إلى ظهور واقع جديد يختلف جذريا عن الواقع السائد حتى وقت قريب، ونتيجة لذلك بدأت المستندات الورقية التقليدية تتراجع ليحل محلها تدريجيا الدعامات الجديدة للمعلومات كنتيجة طبيعية لانتشار الحاسب خصوصا في البنوك، بيد أنه إذا كانت

لقبول دعواه للتعويض عن الضرر الذي أصابه من، وإذا كان ذلك غير مطلوب منه، إلا أن إذا قدم مثل هذا الدليل يكون مقبولاً منه، كتقديم محضر الشرطة لإثبات وقوع الفعل الضار ونسبته لشخص معين.

بيد أنه، في بعض الأحيان، يستلزم القانون إثبات واقعة من الوقائع المادية بالكتابة، كالميلاد أو الوفاة، ومع ذلك يجوز إثبات هاتين الواقعتين بكافة طرق الإثبات، متى كانت واقعة الميلاد أو الوفاء غير مدرجة في السجلات المعدة لذلك أو كان المدرج منها غير صحيح، أما التصرفات القانونية، نظراً لأنها لا تتم فجأة بل يسبقها الإعداد لها، فإن إعداد الدليل المثبت لها يكون أمراً ميسوراً، ولاسيما أن الإرادة هي مصدر إنشاءها، ولذلك حدد القانون طريق إثباتها – كقاعدة عامة – بالكتابة، ولا يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن إلا استثناءا كالتصرفات التي لا تتجاوز مائة دينار وعشرة الآف درهم ذلك وكحالة قيام مانع مادي أو أدبي ...الخ.

وللإطلاع أكثر حول الفرق بين الواقعة المادية والتصرف القانوني أنظر :

- توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1982، ص28
- عبد الحميد عثمان ومحمد خليفة : أحكام قانون الإثبات، طباعة كلية الحقوق بجامعة البحرين، 2007، ص 39 وما بعد
- إدريس العلوي العبدلاوي: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م، س، ص101

(1)- وتجدر الإشارة إلى أن الشخص الذي يريد إقامة الدليل على أحقيته بأمر معين يجب عليه أن يثبت أولاً الواقعة المنشئة له وثانياً القاعدة القانونية التي ترتب أثراً على هذه الواقعة، بمعنى أن للإثبات جانبان، عنصر الواقع وهو مصدر الحق المدعى به، وعنصر القانون وهو القاعدة القانونية التي تقرر هذا الحق، غير أن الإثبات بالمعنى الفني لا يقوم إلا على إثبات الواقعة المنشئة للأمر المدعى به، أما القاعدة القانونية فلا يطالب المدعى بإثباتها، لأن هذه القاعدة ثابتة بذاتها ويفترض علم القاضي بها، فمحل الإثبات إذن هو الواقعة التي تعد مصدراً للحق المدعى به، فمثلاً الشخص الذي يدعى أن له ديناً في ذمة آخر يجب عليه أن يثبت مصدر الدين، أي عليه إثبات المصدر المنشئ للدين، سواء أكان هذا المصدر تصرفاً قانونياً كالعقد أو الإرادة المنفردة، أم كان واقعة مادية ترتب عليها قيام هذا الدين في ذمته كالفعل الضار أو الفعل النافع، وإذا كانت القاعدة العامة تفترض علم القاضي بالقانون وتعفي المتقاضين من إقامة الدليل عليها، اكتفاءً بإثباتهم للواقعة القانونية، إلا أنه – في بعض الأحيان – يلتزم الخصم بإثبات القاعدة التي ترتب على الواقعة أثرها القانوني على نحو يلقي بعبء إثبات الأمرين معاً (الواقعة والقاعدة) على عاتق المدعي، أي أنهما يصبحا محلاً للإثبات، وذلك في الحالة التي يكون منشأ القاعدة القانونية العرف أو العادة أو كانت ذات مصدر قانوني أجنبي لا يفترض في القاضي العلم بها، أنظر في ذلك :

- جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 11و 12

(2)- حدد المشرع المغربي وسائل الإثبات في الفصل 404 من ق.ل.ع الذي جاء فيه" وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي: 1/ إقرار الخصم. 2/الحجة الكتابية. 3/شهادة الشهود. 4/القرينة. 5/ اليمين أو النكول عنها"، أما المشرع الأردني فقد حدد وسائل الإثبات في المادة 2 قانون البينات وجاء فيها " تقسم البينات إلى:1- الأدلة الكتابية. 2- الشهادة. 3- القرائن.4- الإقرار.5- اليمين.6- المعاينة والخبرة."

- قانون البينات الأردني، قانون رقم 30 / 1952، الجريدة الرسمية عدد 1108 والصادرة بتاريخ 17-05-1952 صفحة 200

هذه الأدوات والآلات الحديثة تشكل ميزة في التعامل فإن من شأنها إلقاء العبء الأكبر على من يتولى تهيئة البيئة القانونية بصور التعامل اليومي عن طريقها.

لهذا فإن البحث في إثبات عمليات التحويل البنكي يقتضي إلقاء الضوء على تأثير استخدام الوسائل الإلكترونية لإجراء عمليات التحويل على القواعد العامة المنظمة للإثبات في (المبحث الأول) قبل الحديث عن الوسائل التي يستطيع العميل من خلالها إثبات ما يطالب به عند حدوث نزاع حول أحد أو بعض عمليات التحويل البنكي الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أثر استخدام وسائل التحويل الإلكترونية على القواعد المنظمة للإثبات

لقد أدى استخدام تقنيات المعلومات والإتصال في إنجاز المعاملات إلى ترك أثر بالغ على البنية القانونية للقواعد المنظمة للإثبات من الناحيتين النظرية والفنية، فبعد أن كان الدليل الكتابي المتمثل في السند الورقي والذي يقوم على ثلاثة أفكار أساسية هي فكرة المحرر أي السند أو الدعامة، وفكرة الكتابة وهي مضمون السند، وأخيرا فكرة التوقيع وهي نسبة مضمون السند للقائم بالتوقيع يمثل قمة الهرم بين وسائل الإثبات كافة، باعتباره أقوى أدلة الإثبات التي يمكن أن تقدم للقاضي لإثبات الواقعة مصدر الحق، أدى الإعتماد على الوسائل الإلكترونية الحديثة لإجراء المعاملات إلى تجريد العلاقات القانونية الناشئة في ظلها من السندات الورقية التي كان يتم اللجوء إليها لإثباتها، مما نشأ عنه ظهور تحول في الأفكار القانونية التي تقوم عليها وسائل الإثبات.

وقد أثار كل ذلك العديد من المسائل على الصعيد القانوني من بينها، مدى توافق القواعد العامة في الإثبات مع هذه المستجدات (المطلب الأول)، ثم حدود التطور الذي وصلت إليه عملية موافقة الوسائل التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات من محررات إلكترونية أو تلك المنقولة إلكترونيا والمخزنة في دعامات غير ورقية ومخرجاتها مع الأفكار التي يقوم عليها الإثبات بالمستندات الورقية في ظل التشريعات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القواعد العامة للإثبات وعمليات التحويل البنكي الإلكتروني

تقوم أحكام الإثبات على عدد من المبادئ الأساسية التي توفر العدالة من خلال تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، من بينها حق كل خصم في إثبات ما يدعيه ونفي ودحض ما يدعى عليه به من خلال الوسائل القانونية المرسومة لذلك، ولعل أهم المبادئ التي يقوم عليها الإثبات هو التحديد القانوني، الملزم للقاضي والمتقاضين لطرق الإثبات وقيمتها في المواد المدنية والتجارية، والسؤال الذي يمكن أن يثار بالارتباط مع موضوع

دراستنا ما هو اثر إستخدام الوسائل الحديثة لإجراء عملية التحويل البنكي الإلكتروني على نظم الإثبات في القانونين التجاري والمدني؟ (الفقرة الأولى)، ثم ماهية الضوابط الاتفاقية والقانونية لإثبات عمليات التحويل الإلكتروني؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإثبات في عمليات التحويل بين القانونين التجاري والمدني

للإثبات شأن كبير في الكشف عن الحقيقة في الواقع، لذلك فإن الشرائع تبحث عن أفضل الاتجاهات التي تقود عجلة العدالة إلى هذه الحقيقة، وقد تعددت هذه الاتجاهات وتشعبت مما دفع الأنظمة القانونية المختلفة إلى أن تبحث عن أفضل السبل التي تعطي للقاضي القدرة على الإحاطة بالحقيقة من خلال وقائع المنازعة المعروضة عليه وذلك وفقا لثلاثة مذاهب، مذهب الإثبات المطلق والمقيد[1]، وأخيرا مذهب الإثبات المختلط.

وقد تبنى كل من المشرعين المغربي[2] والأردني[3] مذهب الإثبات المختلط، نظـرا

---

(1)- يوجد نظام الإثبات المطلق عندما لا يحدد القانون طريقاً معيناً للإثبات، بحيث تكون إقامة الدليل بأية وسيلة تقنع القاضي، فمتى توفر للمدعي ذلك، كان له الحق في المطالبة بتوفير الحماية القانونية لحقه، ويجوز للقاضي في ظل هذا النظام أن يقوم باستدراج الخصوم وله في ذلك استعمال الحيل المختلفة لانتزاع الحقيقة منهم بكل الوسائل، بل إنه قد لا يقتصر على الخصوم، وإنما يلجأ إلى سؤال غيرهم، وجمع الاستدلالات عن الواقعة بنفسه، ومذهب إطلاقية الإثبات يمتاز بأنه يفسح المجال أمام القاضي للاقتراب من تحقيق العدالة، إذ من شأنه أن يجعل الحقيقة القضائية التي قضى بها القاضي أقرب ما تكون إلى الحقيقة الواقعية، ومع ذلك فإنه يؤخذ عليه أنه يعطي للقاضي حرية واسعة قد تصل به إلى التحكم، وإذا كان هذا الاتجاه يعد أول ما اعتمدت عليه الشرائع القديمة، إلا أنه لا يزال له وجود في بعض القوانين مثل القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي.

أما نظام الإثبات المقيد فإنه يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لطرق الإثبات التي يجب على المتقاضين استخدامها للوصول إلى إقناع القاضي، وأن القاضي لن يصل إلى ذلك إلا عن طريق هذه الطرق. فالقاضي -في ظل هذا النظام- لا يمكنه أن يسلك سبيل آخر غير الذي حدده القانون، ولا أن يعطى لأحد الطرق المحددة قيمة في الإثبات غير المعطاة له، ودور القاضي في ظل هذا المذهب دور سلبي، إذ ليس له أن يكمل الأدلة، التي يقدمها الخصوم، إذا كانت ناقصة، كما لا يجوز له أن يحكم بعلمه الشخصي، وإنما يقتصر دوره على تقييم ما يقدمه الأطراف من أدلة قانونية، ويعطيها القيمة التي حددها القانون لكل منها، والظاهر أن لهذا المذهب مزاياه من حيث كفالة الاستقرار في المعاملات، وبث الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين، إلا أنه يؤخذ عليه أنه يسلب القاضي كل سلطة في تقدير الدليل، إلا في حدود القيمة المعطاة له، ومما يؤخذ على هذا المذهب كذلك أنه قد لا يؤدى إلى تحقيق العدالة، فكثيراً ما يباعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعة، أنظر في ذلك :

- توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات، م، س، ص 12
- جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية، م، س، ص 6و7
- سليمان مرقس : أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بتقنينات سائر البلاد العربية، الجزء الأول، ، عالم الكتب، القاهرة،1981 ص 13- 16

(2)- فقد حدد المشرع المغربي في المادة 404 من ق.ل.ع والتي سبقت الإشارة إليها وسائل الإثبات التي يقررها القانون، وعليه فإن الأطراف لا يمكنهم أن يثبتوا إدعائهم إلا عن طريق الوسائل المضمنة في هذا الفصل، كما أن القاضي ملزم بها في بناء حكمه عليها، حيث لا يمكن له أن يحكم بناء على علمه الشخصي، أما في المادة التجارية فقد نصت المادة 334 من مدونة التجارة على ما يلي: " تخضع التجارة لحرية الإثبات، غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك"

(3)- جاء النص على تحديد وسائل الإثبات في المواد المدنية في المادة 2 من قانون البينات الأردني التي سبقت الإشارة إليها، أما في المادة التجارية فقد نصت المادة 28 من قانون البينات على أنه " ... ب- مع مراعاة أحكام

لكونه يجمع بين محاسن الإثبات المطلق والإثبات المقيد، وقد خول كل منهما للقاضي سلطة واسعة في تقدير بعض أدلة الإثبات وقيد هذه السلطة في طرق محددة، تبعا لمعيار حددته التشريعات فيما تقتضيه مصالح فئات المجتمع المختلفة، ففي المسائل التجارية أقرب ما يكون توجه هذه التشريعات إلى مذهب الإثبات المطلق، لأنها تتطلب الحرية في الإثبات، لما تقتضيه التجارة من سرعة وثقة بين المتعاملين بها، وفي المسائل المدنية فهو أقرب إلى التقييد، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات، على نحو يمكن القول معه أن الأصل في المسائل التجارية هو حرية الإثبات والأصل في المسائل المدنية هو تقييد الإثبات[1].

لكن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، فمن المعلوم أنه من الصعب في الكثير من الأحيان الفصل في مدى مدنية أو تجارية أحد الأعمال بشكل مطلق، نظرا للظروف أو العوامل التي نشأت هذه الأعمال في ظلها أو لصفة ملازمة لأحد أطرافها، فعمليات التحويل البنكي الإلكتروني التي تعتبر من قبيل تلك المعاملات، يعتبر فيها البنك -كأحد طرفيها- مؤسسة مالية تحترف عملية الائتمان بما يكسبه صفة التاجر[2]، فهو يقوم بإصدار وسائل الأداء المختلفة التي تمكن العملاء من تحويل الأموال كوسيلة من وسائل تقديم الخدمات لهم في ظل ممارسته لأنشطته التي حدده له المشرع، لهذا فإن الأعمال التي يمارسها تعتبر من قبيل الأعمال التجارية.

أما العميل أو الطرف الآخر في العقد فهو عادة ما يكون أحد الأفراد أو التجار الذين يستخدمون أداة التحويل لقضاء احتياجاتهم الشخصية لا المهنية المتعلقة بتجارتهم، وبالتالي يعد العقد بالنسبة له هنا مدنيا[3]، وفي ظل هذه الوضعية فإننا نجد أنفسنا أمام أحد العمليات

أي قانون خاص يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التجارية مهما بلغت قيمتها ..." كما يلاحظ أن المشرع الأردني استثنى بعض العمليات التجارية من الخضوع لقواعد الإثبات الخاصة بالمادة المدنية ضمن نصوص خاصة يمكن أن نذكر منها الفصل 51 من القانون التجاري الذي جاء فيه " لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئيا للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية ، فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة ".

(1)- توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات، م، س، ص 12

(2)- حيث نصت المادة السادسة من مدونة التجارة المغربية على أن " مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في السجل التجاري ، تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية :....7- البنك والقرض والمعاملات المالية..."، والتي تقابلها المادة السادسة من القانون التجاري الأردني والتي نصت على أنه " تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالا تجارية برية:... د- أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة..."

(3)- وإن كان الغالب كون التصرف مختلطا باستعمال العميل لأداة التحويل لقضاء الاحتياجات العادية ، لا وسيلة لتسوية المعاملات التجارية بين التجار فإنه في بعض الأحيان قد يكون الزبون المتعامل مع البنك أحد التجار ويستخدم وسيلة التحويل لقضاء بعض احتياجات تجارته وهنا يعد التصرف تجاريا بالنسبة له وللبنك على السواء، وبالتالي يكون الإثبات في هذه الحالة بكافة وسائله، ما لم ينص القانون أو الإتفاق على الإثبات بطريقة معينة، أنظر في ذلك:

- كيلاني عبد الراضي محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص126

- Feget (J.P): les nouveaux moyens de paiement, Op.Cit, P84

المختلطة التي يكون أحد طرفيها تاجرا والآخر مدني، وقد نصت التشريعات نصت على أنه من غير الممكن والحالة هذه مواجهة من كان العمل مدنيا من جانبه بحرية الإثبات ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك[1]، بما معناه أن البنك ملزم بإتباع وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني في مواجهة الزبون ما لم يوجد اتفاق مخالف.

ولعل المقابلة الأساسية بين مبدأ الإثبات المقيد في المادة المدنية، ومبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية تأتي بشأن العقود، بما يلزم إثبات العقد المدني بنوع معين من وسائل الإثبات هو الدليل الكتابي وذلك إذا ما تجاوزت قيمة الأداءات المترتبة عليه مقدارا حدده المشرع المغربي ب 10000 دهم[2] بينما حدده المشرع الأردني ب 100 دينار[3]، وبحرية إقامة الدليل على العقد التجاري بكافة طرق الإثبات مهما بلغت قيمة هذا العقد وحتى لو تجاوز نصاب الإثبات بالكتابة.

والحقيقة أن مسألة تطبيق نظامين للإثبات على ما يطلق عليه العقود المختلطة والتي يكون أحد طرفيها تاجرا والآخر مدني خصوصا في نطاق عمليات البنوك كان من نتائجه وضع عوائق أمام الاستفادة من الوسائل التكنولوجية الحديثة في تقديم الخدمات البنكية وممارسة الأنشطة الأخرى[4]، لأن البنوك ستكون مضطرة إلى استبعاد جميع وسائل

---

(1)- وقد نصت المادة 4 من مدونة التجارة المغربية على أنه " إذا كان العمل تجاريا بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيا بالنسبة للمتعاقد الآخر طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك"، وفي هذا السياق يشير الأستاذ أحمد شكري السباعي أن هذه المادة لا تعتبر من النظام العام وقد تبنت هذه المادة النظرية القضائية الفرنسية، أنظر :

- أحمد شكري السباعي :مدخل عام أو تمهيدي في العقود التجارية، منشور في الدورة التخصصية في المادة التجارية، الرباط، 24 فبراير – 7 مارس 1997، مراكش من 28 ابريل – 2 ماي 1997، رقم4 سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، يونيو 2004، ص148.

(2)- بموجب الفصل 443 من ق.ل.ع والمعدل بموجب المادة 5 من القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والذي جاء فيه ما يلي، الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الإلتزامات أو الحقوق والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود .ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية ،وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل الكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية ".

- التبادل الإلكتروني للمعطيات ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 30 نوفمبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية ولمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5584 والصادرة بتاريخ 6 ديسمبر 2007، ص 3879.

(3)- بموجب المادة 28 من قانون البينات التي جاء فيها " في الإلتزمات التعاقدية ، تراعى في جواز الإثبات بالشهادة وعدم جوازه الأحكام الآتية:-1 –أ– إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية تزيد قيمته على مائة دينار أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك..."

(4)- ولهذا فإن هناك من الفقه من ينتقد هذا التمييز بخصوص العمليات البنكية ويرى أن المشرع المغربي نفسه لم يميز بين التاجر وغير التاجر في العديد من المسائل والتي من بينها، المادة الخامسة من مدونة التجارة التي لم تميز بين التاجر وغير التاجر في مدة تقادم الدعوى الناشئة عن الأعمال التجارية، من خلال النص على أنه " تتقادم الالتزامات الناشئة بمناسبة عمل تجاري بين التجار أو بينهم و بين غير التجار بمضي خمس سنوات ما لم

الإثبات التي لم ينص عليها القانون في مواجهة الطرف المدني، وإتباع الطرق التقليدية في الإثبات وما يتطلبه ذلك من ضرورة توفير الدليل الكتابي الكامل إذا ما تعدت العمليات التي يتم إجراؤها نصاب الإثبات بالكتابة، ما لم يتفق البنك والزبون على حجية بعض الوسائل الحديثة في الإثبات[1].

وللتغلب على مثل تلك العوائق قامت بعض التشريعات من بينها التشريع الأردني بتوحيد قواعد الإثبات المطبقة على طرفي العقد المختلط في نطاق أعمال البنوك على الخصوص بأن نص في المادة 92/ هـ من القانون البنكي على أن الأعمال التي تمارسها البنوك تعتبر تجارية بحكم ماهيتها الذاتية بغض النظر عن صفة طرفيها[2]، وتطبق قواعد الإثبات الواردة في المادة التجارية[3].

توجد مقتضيات خاصة مخالفة"، كما سمحت المادة 5 من القانون المنشئ للمحاكم التجارية للتاجر بمقاضاة غير التاجر أمام المحاكم التجارية، الشيء الذي يدل على المساواة بين الطرفين في القضاء المختص، حيث جاء نص المادة كما يلي "...يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحاكم التجارية.."، والأكثر من ذلك أن العقود البنكية بطبيعتها عقود تجارية خاضعة لاختصاص المحاكم التجارية بغض النظر عن صفة العميل سواء أكان تاجرا أو غير تاجر، كما أن التكوين القانوني للقضاة داخل تلك المحاكم تكوين تجاري، الشيء الذي قد يؤثر على سير العدالة عندما نطلب منه تطبيق قواعد الإثبات الواردة في المادة المدنية.

- وفي هذا الصدد يقول الأستاذ أحمد شكري السباعي " ولابد للأمانة العلمية من الإشارة إلى أننا من المعارضين للنظرية القضائية التي تبناها المشرع المغربي ومن المتحمسين للنظرية الألمانية البسيطة والسهلة التي صيغت في المادة 4 من مشروع مدونة التجارة لسنة 1988 التي كانت تقضي بأنه " إذا كان العمل تجاريا بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيا بالنسبة للمتعاقد الآخر طبقت أحكام القانون التجاري على التزامات كافة المتعاقدين الناشئة عن هذا العمل ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك"، أنظر في ذلك :
- أحمد العماري : الكشف الحسابي و الخبرة، الندوة الرابعة للعمل القضائي و البنكي ، المعهد العالي للدراسات القضائية، مطبعة دار السلام، الرباط، 2004 ص 294.
- أحمد شكري السباعي : مدخل عام أو تمهيدي في العقود التجارية ، الدورة التخصصية في المادة التجارية، م، س، ص 159 –160

(1)- سنناقش مدى صحة مثل هذه الإتفاقات في الفقرة الثانية من هذا المطلب.

(2)-أن حديثنا عن العمليات التجارية التي تتم من خلال وسائل إلكترونية لا يقصد بها التجارة الإلكترونية ولا العقد الإلكتروني، بل يقصد بها العمليات العادية والتي تتخذ صفة عمليات تجارية ومن ثم يتم تنفيذها من خلال وسائل إلكترونية، فالعقد الذي يربط بين البنك والعميل بخصوص أحد أدوات التحويل للأموال كالبطاقة البنكية على سبيل المثال يعتبر عملا تجاريا نظرا لأن أحد أطرافه بنكا وقد تم توضيح ذلك سابقا، لكن التعامل بتلك البطاقة يتم من خلال وسائل إلكترونية أي أننا أمام تبادل إلكتروني للبيانات وهو ما يختلف عن التجارة الإلكترونية وعن التعاقد الإلكتروني، فتبادل البيانات أوسع دلالة من مفهوم التجارة الإلكترونية والتعاقد الإلكتروني، فهناك تبادل بيانات داخل قطاع معين بذاته كالقطاع البنكي على سبيل المثال لأغراض خاصة، أنظر في مفهوم العقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية :

- أحمد شرف الدين : عقود التجارة الإلكترونية ، تكوين العقد وإثباته، دروس الدكتوراه لدبلوم القانون الخاص وقانون التجارة الدولية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2003–2004 ، ص 109

(3)- وقد نصت المادة 92/ هـ من القانون البنكي " تعتبر جميع الأعمال المصرفية والنشاطات المالية تجارية بحكم ماهيتها الذاتية بغض النظر عن صفة العميل المتعاقد أو المتعامل مع البنك سواء كان مدنيا أو تجاريا وتسري عليه أحكام قانون التجارة الساري المفعول..."

وبالتالي فإن الزبون المتعامل مع البنك ليس لديه ما يخشاه في ظل التعامل بوسائل التحويل الإلكتروني للأموال نظرا لأحقيته بإثبات العمليات التي تتم من خلالها وفقا لمبدأ حرية الإثبات[1]، والحقيقة أن البنك بدوره يستفيد من هذا المبدأ سواء من خلال نص قانوني كما هو الحال في التشريع الأردني أو من خلال الاتفاق على ذلك في العقد المبرم بين وبين عملائه، الأمر الذي يتوافق مع طبيعة العمليات الإلكترونية التي تستدعي الإبتعاد عن الشكليات التي يقررها مبدأ الإثبات المقيد في المادة المدنية من ضرورة تطلب الحجة الكتابية للتعاملات التي تتجاوز نصاب الإثبات بالكتابة[2].

لكن إذا كان مبدأ حرية الإثبات قد تقرر في ظل أوضاع تتم فيها المعاملات بشكل تقليدي وورقي، فإن إجراء تلك المعاملات بشكل إلكتروني وقيام كل من التشريع المغربي والأردني بتحديد كيفية إثبات المعاملات التي تتم من خلال هذه الوسائل من شأنه أن يثير التساؤل حول مستقبل مبدأ حرية الإثبات في ظل هذا الوضع الجديد[3]، وبمعنى آخر هل أثر قيام التشريعات بتنظيم وسائل إثبات العمليات التي تتم من خلال الوسائل الإلكترونية على مبدأ حرية الإثبات؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي البحث في الكيفية التي نظم من خلالها كل من المشرعين المغربي والأردني وسائل إثبات العمليات التي تتم بشكل إلكتروني، فالمشرع المغربي أعطى لوسائل الإثبات الناتجة عن إجراء العمليات الإلكترونية الحجية من خلال تطويعه للقواعد العامة للإثبات في قانون الالتزامات والعقود[4]، فأصبح بذلك يغض

---

(1)- وفي نفس هذا الإتجاه :
- كيلاني عبدالرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص128
- محمد الشافعي : بطاقات الوفاء والإئتمان في المغرب، م، س، ص166

(2)- أما بالنسبة للمعاملات المدنية التي لا تتجاوز نصاب الإثبات بالكتابة يكون إثباتها بجميع الوسائل كما هو الحال بالنسبة للمادة التجارية، وهو ما يستنتج بمفهوم المخالفة من المادة 433 من ق.ل.ع، أما في التشريع الأردني فقد نصت المادة 28 من قانون البينات على أنه ".. ب- مع مراعاة أحكام أي قانون خاص يجوز الإثبات بالشهادة ..وفي الالتزامات المدنية إذا لم تزد قيمتها على مائة دينار"

(3)- ويتساءل بعض الفقه في هذا الصدد حول ما بقي للعنصر الذي يميز المادة التجارية والذي يبرر اللجوء لمبدأ حرية الإثبات وهو السرعة من مجال في ظل الإعتماد على الوسائل الإلكترونية الحديثة لإبرام وتنفيذ التصرفات القانونية، ذلك أن إطلاق حرية الإثبات في المواد التجارية يرجع إلى كون هذا النوع من المعاملات يتميز بالسرعة في التعامل والى كثرة المعاملات التجارية، ولذلك يستطيع التاجر إثبات معاملاته التجارية عن طريق دفاتره التجارية ومراسلاته وفاتورته أو شهادة الشهود أو القرائن.
- هاني دويدار : مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، المنعقد بمركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية أبو ظبي، في الفترة 19–20 ماي 2009، منشورات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2009 ص 472

(4)- وذلك من خلال قانون التبادل الإلكتروني لمعطيات القانونية الذي حدد النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة إلكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق ، وتلك المعدة على دعامة إلكترونية وعلى التوقيع الإلكتروني، بتعديل وتتميم النصوص القانونية ذات الصلة والواردة في قانون الإلتزامات والعقود، وفي تعليقه على الكيفية التي قام بها المشرع المغربي بتنظيم العمليات التي تتم بوسائل إلكترونية يقول

الطرف عن أي إختلاف بين الدعامة المادية ونظيرتها الإلكترونية لإثبات التصرفات القانونية[1]، أما المشرع الأردني فقد أصدر قانونا خاصا للمعاملات الإلكترونية متضمنا قواعد إثبات تلك المعاملات[2]، بحيث تقوم تلك القواعد إلى جانب كل من قواعد الإثبات في المادة المدنية والتجارية، وتتحدد العلاقة بين تلك القواعد في أن قواعد الإثبات تمثل الشريعة العامة لإثبات، بينما يصبح قانون الإثبات الإلكتروني بمثابة النص الخاص لمعاملات بعينها[3].

ومن النتائج المترتبة عن إختلاف نهج التشريعين المغربي والأردني في صياغة قواعد الإثبات الإلكتروني أن المشرع المغربي نص على تلك القواعد في سياق القواعد المنظمة للإثبات في القانون المدني، وكأن العقود المدنية التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل إلكتروني هي وحدها التي يتم تطبيق تلك القواعد عليها، مما يمكن معه القول أن المشرع المغربي لا يحول دون تطبيق مبدأ حرية الإثبات في العمليات التجارية التي تتم بوسائل إلكترونية، ذلك أنه أبقى على نطاق تطبيق كل من قواعد الإثبات المدنية والتجارية كما هي دون تعديل، مدمجا أحكام الإثبات الإلكتروني في المادة المدنية وحدها[4].

بعض الفقه " اعتمد المشرع، في إصدار هذا القانون، تقنية تشريعية خاصة، اعتمدت مقاربة الجمع بين مقتضيات متممة لبعض فصول قانون الالتزامات والعقود، والتي توخت وضع الأساس للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، باعتبار هذا التبادل موضوع القانون المذكور ومحوره، ومقتضيات أخرى خاصة تهدف إلى تنظيم هذا الموضوع من حيث المضمون والوظائف والإجراءات. ويكمن مبرر اللجوء إلى هذه التقنية، في الحفاظ على وحدة الموضوع ومعالجته بكيفية متناسقة من مختلف جوانبه، كما أن المشرع المغربي إختار لهذا القانون عنوانا ضيقا وهو التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يتأكد ضيقه بالمادة الأولى التي تنص على أن هذا القانون يحدد النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة إلكترونية، وهو عنوان يوحي ظاهره بشموله فقط عملية التبادل المتمثلة في التوجيه والاستلام، ولا يتسع لبعض العمليات الأخرى مثل الإعداد (الإنشاء)، والتخزين، والحفظ، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يراعى عدم الخلط بين نظام «التبادل الإلكتروني للبيانات» Electronic Data Interchange، والذي ليس سوى وسيلة إلكترونية تتمثل في «نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات» دون تدخل بشري، وبين التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية Echange Electronique de Données Juridiques بالنطاق الذي حدده المشرع في المادة الأولى من القانون"، أنظر في ذلك :

- محمد الكشبور و مصطفى مالك : قراءة في القانون المغربي للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، والمنعقد بأكاديمية الدراسات العليا بطرابلس ليبيا في الفترة 28-29 أكتوبر 2009 ص 11

(1)- وذلك في المادة الفصل 1-417 من ق.ل.ع والتي جاء فيها " تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق "

(2)- وذلك من خلال قانون المعاملات الإلكترونية الذي يهدف بحسب ما جاء في المادة الثالثة منه إلى تسهيل استعمال الوسائل الالكترونية في إجراء المعاملات.

(3)- وقد عبر قانون المعاملات الإلكترونية عن ذلك في المادة الخامسة منه والتي جاء فيها " تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل الكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك"

(4)- ويرى الأستاذ عز الدين بنستي أن " التجارة الإلكترونية أفرزت لنا صنفا جديدا من أصناف الشكلية نعبر عنها بالشكلية المعلوماتية هذه الأخيرة التي تبقى في نظرنا كالشكلية الكتابية من حيث الثوابت والأسس باستثناء بعض الاستثناءات الخاصة بالنظم الرقمية والتي لا تؤثر في شيء في العناصر الأساسية للعقد، وبعبارة أخرى يكمن

أما المشرع الأردني فقد ميز بين أحكام الإثبات العامة وبين أحكام إثبات الإلكتروني وقد رسم العلاقة بين القانونين بنصه على أنه " يعتبر السجل الالكتروني والعقد الالكتروني والرسالة الالكترونية والتوقيع الالكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات..."[1].

فالنص السابق يشير إلى أن إثبات المعاملات الإلكترونية يخضع للقواعد العامة للإثبات في نقطتين أساسيتين، الأولى تتعلق بحجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات، والثانية شروط قبول تلك الوسائل في الإثبات وتحديد عناصرها، ويعني ذلك أن المشرع الأردني وضع نطاقا لتطبيق قواعد الإثبات الإلكتروني يختلف عن نطاق تطبيق القواعد العامة للإثبات، ليتحدد الأول بالمعاملات الإلكترونية وحدها[2]، ويتحدد الثاني بالمعاملات التي تنعقد وفقا للأوضاع التقليدية، وبالتالي عدم تطبيق العديد من القواعد المنصوص عليها في النصوص العامة لإثبات على المعاملات الإلكترونية، ومن بينها نصاب الإثبات بالكتابة[3].

ويترتب عن هذا التفسير القول بأن المشرع الأردني قد جعل المعاملات الإلكترونية جميعها، سواء كانت مدنية أو تجارية خاضعة لقواعد تأتي تطبيقا لمبدأ الإثبات المقيد، دون مراعاة لقيمة التصرف القانوني الذي يلزم إثباته قانونا بالطرق المحددة لإثبات المعاملات الإلكترونية وما يمكن إقامة الدليل عليه بكافة طرق الإثبات[4]، وبعبارة أخرى

الفرق بين الشكلية الكتابية والشكلية المعلوماتية في الشكل الذي يتغير وذلك بالمراهنة على الإنترنت الذي يجرد المعلومة من طابعها المكتوب ويستعيض بالتالي عن الورق طريقة التفاعل مع الشاشة أو بالضغط على زر الحاسوب بقصد أخذ نسخة من المعلومة"، والحقيقة أن هذا التوجه أنما يعبر عن مخاوف من إنحسار مبدأ حرية الإثبات في بعض العمليات التي تتم بواسطة الأدوات الإلكترونية من خلال حصر إثباتها بوسائل الإثبات الإلكترونية الحديثة فقط بحيث يصبح الإثبات في هذه الحالة مقيدا أكثر من مبدأ تقييد الإثبات نفسه، أنظر في ذلك :

- عز الدين بنستي : من الشكلية الكتابية إلى الشكلية المعلوماتية في القانون التجاري، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، م، س، ص 7

(1)- المادة السابعة من قانون المعاملات الإلكترونية والتي جاء نصها الكامل كالآتي " أ- يعتبر السجل الالكتروني والعقد الالكتروني والرسالة الالكترونية والتوقيع الالكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات. ب- لا يجوز إغفال الأثر القانوني لأي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة لأنها أجريت بوسائل الكترونية شريطة اتفاقها مع أحكام هذا القانون".

(2)- ويتحدد نطاق تطبيق قانون المعاملات الإلكترونية حسب المادة الخامسة منه التي جاء فيها " أ- تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل الكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك. ب- لمقاصد هذه المادة لا يعتبر الاتفاق بين أطراف معينة على إجراء معاملات محدده بوسائل الكترونية ملزماً لإجراء معاملات أخرى بهذه الوسائل".

(3)- أنظر في هذا التوجه :

- هاني دويدار : مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني، م، س، ص 485

(4)- ومن بين تلك الطرق ما يعد بالغ الأهمية بالنسبة لإثبات المعاملات التجارية مثل الخبرة والدفاتر التجارية التي يقوم التجار بمسكها، بالإضافة إلى الوسائل الأخرى كاليمين والقرائن وشهادة الشهود.

يصبح السبيل الوحيد لإثبات جميع المعاملات الإلكترونية أيا كان قيمتها تقديم المحرر الإلكتروني أو ما يقوم مقامه في الإثبات، فهل قصد المشرع الأردني فعلا استبعاد بقية وسائل الإثبات فيما يتعلق بكيفية إثبات المعاملات الإلكترونية التجارية التي تتجاوز قيمتها 100 دينار لتبقى حبيسة الإثبات بالكتابة؟

لا شك أنه من الصعوبة بمكان القبول بمثل هذا الطرح نظرا لأن قانون المعاملات الإلكترونية قد جاء منذ البداية ليحدد لشروط والأوضاع التي بتوافرها تتقرر الحجية للوسائل الإلكترونية في الإثبات، ولم يفرض المشرع بنص صريح قصر إثبات المعاملات التي تم بوسائل إلكترونية بواسطة وسائل الإثبات الإلكترونية[1]، ثم انه من غير المقبول حرمان الأطراف من اللجوء لوسائل الإثبات التي كانت مقررة لهم بحسب الأصل اللجوء إليها[2].

الفقرة الثانية : الضوابط القانونية لإثبات عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

عادة ما يلجأ البنك إلى إبرام اتفاقات مع عملائه يعطي بموجبها الحجية لمختلف الوسائل الإلكترونية في الإثبات وذلك لتحقيق مصالحه الشخصية، بغض النظر عن مبلغ العمليات التي يقوم العميل بإجرائها، وفي نفس الوقت يكون مستحوذا على معظم وسائل إثبات تلك العمليات، وسنقوم هنا ببحث مدى صحة الاتفاقات المتعلقة بالإثبات (أولا)، ومن ثم أثر استخدام وسائل التحويل الإلكتروني على مبدأ الحق في الإثبات (ثانيا).

أولا : مدى صحة الاتفاقات المتعلقة بالإثبات

لقد سبق وأشرنا إلى أن البنوك أثناء تعاملها مع عملائها تخضع لمبدأ الإثبات المقيد في إطار التشريع المغربي، ولهذا فإنها تقوم بإبرام اتفاقات مع عملائها للاستفادة من حرية الإثبات نظرا لكون عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تتم من خلال وسائل إلكترونية ومن الصعب توفير الدليل الكتابي عليها[3]، وبخصوص هذه الاتفاقات يجب التمييز في إطار قواعد الإثبات بين القواعد الشكلية للإثبات والقواعد الموضوعية للإثبات.

---

(1)- كما أن المشرع الأردني أجاز في المادة الخامسة من قانون المعاملات الإلكترونية للأفراد الإتفاق على ما يخالف أحكامه، كما أنه لم يعتبر في نفس المادة الإتفاق الذي يبرمه الأطراف ملزما لهم في تعاملات أخرى تتم بينهم.

(2)- وفي هذا الصدد بقول الأستاذ هاني دويدار " لو تم تخصيص نظام قانوني للمعاملات التجارية يتم فيه مراعاة الأوضاع الخاصة بالأعمال التجارية وليس بالنظر للطبيعة القانونية للعقد التي لا تختلف إذا ما تم وصف العقد على أنه تجاري أو مدني، حيث إن الفرض هو اللجوء إلى ذات الوسائل في التعاقد وبالتالي فلا يعد هناك أهمية في ميدان المعاملات الإلكترونية للتميز بين العقد التجاري والمدني"

- هاني دويدار : مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني، م، س، ص 488

(3)- من قبيل ذلك ما نص عليه الفصل 5 من عقد الحامل الخاص ببطاقة فيزا وماستر كارد الصادرة عن البنك الشعبي بالمغرب الذي جاء فيه " وفيما يخص عملية السحب بواسطة موزع أوتوماتيكي يؤكد صاحب البطاقة صراحة بأن القيود المسجلة تلقائيا في مدينة حسابه على أثر استعمال الموزع الأوتوماتيكي لن تكون موضوع أي منازعة من طرفه" كما نص الفصل 9 من العقد الخاص ببطاقة فيزا إنتربنك المغرب على أنه "تعتبر

فقواعد الإثبات الشكلية والتي تتعلق بنظام التقاضي، ولا جدال في كونها متعلقة بالنظام العام، ومن ثم فإن النصوص الخاصة بها تسري من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة، ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، أما القواعد الموضوعية للإثبات التي تتعلق بمحل الإثبات، وعبئه، وطرقه فإنها لا تعتبر من النظام العام لأنها تتعلق بحقوق الأفراد[1] وإذا كان لهؤلاء الحق في النزول عن حقوقهم ذاتها فلا يعقل حرمانهم من النزول عن قاعدة الإثبات التي توفر الحماية القانونية لمثل هذه الحقوق إلا إذا قرر المشرع صراحة حرمانهم من ذلك[2].

وتهدف البنوك من خلال إبرام هذه الاتفاقات في مجال إثبات التصرفات التي تتم بوسائل إلكترونية إلى استبعاد مبدأ الإثبات المقيد وإحلال مبدأ حرية الإثبات محله بما يسمح بإثبات إجراء المعاملات الإلكترونية بكافة الطرق كشهادة الشهود والقرائن، ويرى بعض الفقه[3] أن مثل هذه الاتفاقات تهدد مصالح العميل وتؤدي عمليا إلى إهدار حقه في

تسجيلات الشبابيك الأوتوماتيكية والدعامات الإعلامية التي تنسخ عليها الحجية على كل العمليات التي تتم بواسطة البطاقة والتبرير لإدراجها في الحساب الذي سلمت البطاقة بصدده"

(1)- أنظر في هذا التوجه :

- عبد الرزاق السنهوري: شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، الإثبات،م.س ص367 وما بعد.
- سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته م.س.ص105 وما بعد.
- توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م.س.ص44 وما بعد.
- جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية، م، س، ص 28
- Benabent (A): Droit civil, Les Obligations, ed Montchrestien 1987. P.49.
- Carbonnier (J): Droit civil, Introduction, PUF Paris 1991.P182.

(2)- نشير نفس هذا السياق إلى أن هناك إختلاف فقهي حول لحظة جواز إبرام هذه الإتفاقيات، فيذهب إتجاه إلى جواز إتفاق الأطراف على الخروج عن القواعد الموضوعية للإثبات، وذلك بعد قيام النزاع حيث يكون الخصم في موقع يسمح له بتقدير مدى قبوله الإثبات بالبينة، أما الإتفاق سلفا على التحلل من وجوب الإثبات بالكتابة فإن فيه نوعا من المضاربة ومن الصعب تصوره، بينما يذهب إتجاه آخر إلى جواز إتفاق الأطراف على الخروج عن القواعد الموضوعية للإثبات في أي وقت، حيث لا يفرقون بين إتفاق تم بعد قيام النزاع وإتفاق تم قبل ذلك فكلاهما جائز، وفي نفس السياق يذهب توجه في الفقه إلى أن قواعد الإثبات وثيقة الصلة بالحق، ومن ثم فالتنازل عنها أو التعديل فيها يمس الحق عن قرب، وإذا كان للشخص أن يتنازل عن حقه أو يعدل فيه فبديهي أن يكون ذلك فيما يتعلق بإثباته، أنظر في هذه التوجهات :

- سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته م، س، ص440
- أحمد نشأت : رسالة الإثبات، م، س، ص168
- يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مكتبة دار الثقافة عمان الأردن،1999، ص30
- عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1985 ص 19

(3)- أنظر في ذلك :

- حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية القاهرة، 2000 ص74
- عمر أنجوم: الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديثة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، 2003-2004 ص105.

الإثبات بالنظر إلى ما تسمح به للبنك من الاحتجاج بالوسائل التي سيطر هو على بياناتها مع سلب القاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة هذه الأدلة من حيث حجيتها في الإثبات.

والحقيقة أنه يجب التمييز بين الإتفاق الذي يتم بين البنك والزبون على قبول دليل ما في الإثبات، والإتفاق على حجية دليل معين في الإثبات، وقد سبق الحديث عن الإتفاقات التي تمثل الحالة الأولى، أما بالنسبة للنوع الثاني من الإتفاقات والذي يهدف إلى تحديد حجية أدلة معينة وقوتها في الإثبات، ففي هذه الحالة لا يكون القصد أو الغاية من وراء الإتفاق تحديد وسائل الإثبات الواقعة في حل النزاع وإنما إضفاء حجية معينة على هذا الدليل أو ذاك، كالإتفاق مثلا على الحجية القاطعة لمخرجات الحاسب في الإثبات، فالإتفاق هنا لم يحدد فقط وسيلة الإثبات بل حدد مقدما قوتها في الإثبات، والسؤال الذي يطرح هنا ما مدى صحة مثل هذه الاتفاقات؟

في هذا الصدد يرى بعض الفقه[1] أن القواعد المتعلقة بتقدير مدى حجية الأدلة في الإثبات وحدود هذه الحجية وطرق إنكارها وإثبات عكسها في إطار أدلة الإثبات المنصوص عليها قانونا، يجب إعتبارها من النظام العام، معللا رأيه بأن الحجية لا تتعلق بمصالح الأفراد الخاصة وإنما ترتبط بحسن أداء القضاء لوظيفته والقاضي لا يجب عليه في أي حال من الأحوال أن يحكم لصالح هذا الخصم أو ذاك إلا إذا اطمأن إلى الدليل المقدم في الإثبات فإذا لم يطمئن إليه وجب عليه أن يرفض هذا الدليل حتى ولو إتفق الأفراد على حجيته المطلقة مسبقا.

وبالتالي لا يجوز الإتفاق على خلاف القواعد المنظمة لحجية أدلة الإثبات، فحجية الدليل يجب في كل الأحوال أن تترك لتقدير القاضي ومدى اقتناعه به في تكوين عقيدته ولا يعقل أن تفرض عليه حجية دليل معين لمجرد أن الأفراد اتفقوا على حجيته[2]، وحتى في الحالات التي يتم الإتفاق فيها على جواز الإثبات بدليل معين لم يرد ضمن الأدلة التي نص عليها القانون فإن هذا الإتفاق لا يجب أن يسلب القاضي سلطته التقديرية في تقدير الدليل المتفق عليه في الإثبات[3]، فإذا اعتبرنا الإتفاق صحيحا سواء تعلق بقبول الدليل أو

(1)- محمد المرسي زهرة: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة تطبيقية على منافذ السحب الآلي، بحث منشور ضمن أعمال أبحاث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الجزء الثالث،م، س، ص832

(2)- أنظر في ذلك :

- محمد المرسي زهرة : الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م، س، ص 833

- Vasseur (M): Le paiement électronique, Aspects juridiques, Op.Cit, P42

(3)- أنظر في ذلك :

- كيلاني عبدالرضى محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص169

- De leyssac (L): Les cartes de paiement et le droit civil, Op.Cit, P24

بحجيته، فإن هذا الإتفاق لا يجب أن يقف عقبة أمام ممارسة القاضي لسلطته التقديرية لتقدير حجية الدليل المقدم في الإثبات ومدى توافر شروط هذه الحجية[1].

وعلى أي حال فإن الإتفاقات المتعلقة بالإثبات يجب ألا تذهب إلى حد حرمان العميل من حقه في إثبات ما يدعيه بشكل كلي، فالقانون قد كفل لكل فرد الحق في إثبات ما يدعيه وقد هيأ له من الوسائل التي تمكنه من ذلك وهذا الحق يجب تمكين الفرد من القيام به.

ثانيا : أثر التعامل بالوسائل الحديثة على مبدأ الحق في الإثبات

إن الحق المجرد من الدليل هو والعدم سواء، وإقامة الدليل على الواقعة المنشئة للحق يترتب عليه توفير الحماية القانونية لصاحبه من المنازعة فيه، وطالما أن هذا هو شأن الإثبات فإنه يصبح للمتقاضين الحق فيه، سواء بإقامة الدليل على هذه الواقعة أم بنفي هذه الواقعة ودحض الدليل على وجودها[2].

وفي ضوء ذلك يتبين أن الإثبات، وإن كان واجباً على المدعي طبقاً لقاعدة البينة على المدعي[3]، إلا أنه يعد في ذات الوقت حقاً له، إذ به يؤكد دعواه وبواسطته يتمكن من توفير الحماية القانونية لحقه، ويقابل هذا الحق واجب على القاضي بأن يمكنه من تقديم ما يستطع من أدلة يسمح بها القانون تأييداً لما يدعيه، فالحق في الإثبات يقصد به تمكين المدعي من إثبات الوقائع التي يدعيها بالطرق المحددة قانونا[4].

ومبدأ الحق في الإثبات تعترضه بعض الصعوبات في نطاق عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تتمثل في سيطرة البنك على الوسائل التي يقوم من خلالها الزبون بإجراء عمليات التحويل ومن ثم سيطرته على وسائل إثبات تلك العمليات، فالأجهزة التي يقوم

---

(1)- أنظر في ذلك :
- عبدالهادي شايب عينو : بعض المشاكل الناجمة عن إستعمال المعلوماتية في البنوك موقف القانون والقضاء ، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب، الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، وزارة العدل ،المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المهنية لبنوك المغرب، الرباط 10-20 يونيو 1993، ص 116
- كيلاني عبدالرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص168
- Croze (R): informatique, preuve et securite, Op.Cit, P167

(2)- أنظر في ذلك :
- عبد الرزاق السنهوري: شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات م، س، ص 34

(3)- والتي نص عليها الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه " إثبات الإلتزام على مدعيه "، والذي يقابله المادة 73 من القانون المدني الأردني التي جاء فيها " الأصل براءة الذمة وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه ".

(4)- ولا يقف مبدأ الحق في الإثبات عند هذا الحد، بل أنه ينبسط ليشمل تخويل المتقاضين الحق في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى، بمعنى أن لكل خصم أن يناقش الدليل الذي يتقدم به الآخر، لأن الإثبات كما هو حق للمدعي فهو كذلك بالنسبة للمدعى عليه، وإذا كان من حق الأول إقامة الدليل على دعواه، فإن للأخير الحق في إقامة الدليل الذي يدحض به ما قدمه المدعي من أدلة، ولذلك يجب على القاضي أن يمكنهما من ذلك احتراماً لحقهما في الدفاع عن طريق عرض أو مجابهة كل خصم بالدليل الذي يقدمه خصمه لمناقشته وتفنيده وفقاً لمبدأ "المجابهة بالدليل ".

البنك بوضعها رهن إشارة عملائه ويقوم ببرمجتها وفقا لما تقتضيه طبيعة عملها، وكذلك الأجهزة التي يقوم البنك بتزويد التجار الذين يقبلون وسائل التحويل لأداء أثمان السلع والخدمات التي يقدمونها تكون خاضعة بشكل كامل لسيطرة البنك وتعمل وفقا للأوامر التي يكون البنك قد أدخلها مسبقا فيها.

لهذا فإن حق العميل الذي يستخدم أدوات التحويل البنكي الإلكتروني في الحصول على وسائل إثبات العمليات التي يجريها من خلال أدوات التحويل الإلكتروني للأموال تقتضي من البنك القيام بتزويده بوسائل الإثبات تلك، نظرا لاستحالة حصول العميل عليها دون تمكين البنك له بذلك، ولهذا فقد نصت معظم التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني على ضرورة قيام البنك بذلك في إطار الالتزامات المفروضة على البنك[1].

والتزام البنك هذا يتعدى الكشوفات التي يقوم بإرسالها إلى عملائه الذين يتعاملون بوسائل التحويل الإلكتروني للأموال بشكل دوري[2]، فقد نصت معظم التشريعات على وجوب قيام البنك بتزويد عميله بكافة البيانات المتعلقة بكل عملية أجراها على حدة، لكن ما يلاحظ أن بعض التشريعات اشترطت على البنك أن يقوم بتزويد عميله بهذه البيانات على شكل محرر ورقي كما هو حال التشريع الأمريكي[3]، بينما خيرت بعض التشريعات الأخرى البنك بين أن يقوم بتوفير هذه البيانات على دعامة ورقية أو على أي دعامة

(1)- وبخصوص مدى تعارض التزام البنك بتوفير الدليل لعملائه مع المبادئ العامة في الإثبات وخصوصا مبدأ " عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه"، نشير إلى أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات المتعلقة بجواز إجبار الشخص على تقديم هذا الدليل في حالة وجود نص قانوني يجيز ذلك كما هو الحال في التشريعات التي تنص على وجوب قيام البنك بتوفير الأدلة لعملائه، بالإضافة إلى الحالة التي يكون فيها الدليل مشتركا بين الخصمين، ويكون المحرر كذلك إذا كان محرر لمصلحة الخصمين، أو كان مثبتة لالتزاماتهما المتبادلة، كما يجوز للشخص أن يجبر خصمه على تقديم الدليل إذا ما قدمه خصمه كدليل في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ولكن ما يجب التنبيه إليه إلى أن هذه الحالات تتعلق بكون النزاع مرفوع سلفا أمام المحكمة حيث أنه يحق دائما للقاضي إلزام أي من الخصمين بتقديم الدليل الذي في حوزته بشرط أن يطلب الخصم من المحكمة إلزام خصمه بتقديم الدليل الذي تحت يده، وأن يكون الدليل الذي تحت يد الخصم محررا، ثم أن يكون المحرر منتجا في الدعوى، وأن يحدد الخصم بيانات المحرر وموضوعه والواقعة المثبتة به ودليل وجوده تحت يد خصمه، أنظر المواد 20-26 من قانون البينات الأردني.
والحقيقة أن قيام البنك بتوفير الدليل للعميل تستدعيه مقتضيات العدالة نظرا لغياب التكافؤ الإقتصادي والتقني بين وضعية البنك الذي يحوز جميع وسائل الإثبات ويتحكم بها ووضعية العميل الذي لا يستطيع إلى تلك الوسائل سبيلا دون تعاون من البنك.
(2)- وقد سبق وتناولنا هذا الإلتزام ضمن إلتزامات البنك بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.
(3)- وقد نصت على ذلك المادة 906 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال الأمريكي التي جاء فيها " لكل عملية تحويل الكتروني للأموال يقوم بها الزبون من خلال أحد الأجهزة الطرفية الإلكترونية، يجب على المؤسسة البنكية التي تمسك حساب العميل أو المؤسسة الوسيطة التي تمت عملية التحويل بواسطتها أن توفر للعميل وثيقة مكتوبة بالعملية التي قام بإجرائها وفي نفس وقت إجراء هذه العمليات، على أن تتضمن هذه الوثيقة بشكل واضح البيانات التالية، 1- مبلغ العملية 2- نوع العملية 3- رقم حساب العميل أو رمزه التعريفي لدى المؤسسة البنكية التي تمسك حسابه أو المؤسسة التي قام بإجراء العملية من خلالها 4- البيانات المتعلقة بأي شخص آخر متدخل في عملية التحويل 5- الرمز المخصص للجهاز الذي تمت عملية التحويل من خلاله والذي يبين موقعه وبياناته "

أخرى مقبولة في الإثبات كقانون النقد والمالية الفرنسي[1]، واكتفت بعض التشريعات بقبول أي دعامة مقبولة في الإثبات كوسيلة لتوفير البيانات المتعلقة بعملية التحويل كما فعل القانون البلجيكي للتحويل الإلكتروني للأموال[2].

أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم ينص صراحة على مثل هذه المقتضيات وإنما اكتفى بضرورة إشارة البنك في العقد الرابط بينه وبين العميل إلى حق هذه الأخير في الحصول على كافة الإشعارات والكشوفات المتعلقة بالعمليات التي قام بإجرائها باستخدام وسائل التحويل الإلكتروني للأموال[3]، وهو نفس التوجه الذي اتخذه المشرع التونسي كذلك[4].

وعلى أي حال فإن الأجهزة التي يقوم البنك بوضعها تحت تصرف عملائه لإجراء عمليات التحويل البنكي الإلكتروني عادة ما تمكنه من توفير وسائل الإثبات تلك للعميل من خلال الإشعارات والوصولات التي تصدر عن تلك الأجهزة والتي تكون محررة على دعامات ورقية، وفي حالات أخرى قد تعمد بعض البنوك إلى إرسال البيانات المتعلقة بالعملية التي قام العميل بإجرائها إلى بريد هذا الأخير الإلكتروني أو إلى هاتفه المحمول من خلال رسالة نصية قصيرة. وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي يقوم البنك بتوفيرها

---

(1)- وذلك في الفقرة الأولى من المادة (L314-14) التي جاء فيها :

- " Après la réalisation d'une opération de paiement isolée ou relevant d'un contrat-cadre de services de paiement ou des stipulations d'une convention de compte de dépôt mentionnée au I de l'article L. 312-1-1, le prestataire de services de paiement fournit sans tarder sur support papier ou sur un autre support durable à l'utilisateur les informations relatives à cette opération précisées par voie réglementaire"

(2)- وذلك في الفقرة الأولى من المادة الخامسة التي جاء فيها :

" L'émetteur fournit périodiquement au titulaire des informations relatives aux opérations réalisées grâce à l'instrument de transfert électronique de fonds, de façon à lui permettre de suivre raisonnablement l'état de ses dépenses. Les informations sont présentées de manière claire et non équivoque, par écrit ou sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel il a accès. Les informations comprennent à tout le moins la mention :

1° de la date de l'opération et de la date de valeur, ainsi qu'une identification de l'opération, y compris s'il y a lieu les informations relatives au bénéficiaire (nom, adresse) chez qui ou avec qui l'opération a été effectuée;

2° du montant débité du compte du titulaire pour l'opération, exprimé dans la monnaie du compte du titulaire, et le cas échéant dans la devise étrangère;

3° du montant des commissions et frais appliqués à certains types d'opérations à charge du titulaire, et le cas échéant le cours de change utilisé pour convertir le montant des opérations en devise étrangère. La preuve de l'accomplissement de cette obligation d'information périodique incombe à l'émetteur".

(3)- وذلك في المادة 14 من تعليمات التحويل الإلكتروني للأموال الصادرة عن البنك المركزي الأردني والتي جاء فيها " على البنك أن يوضح المعلومات التالية للعميل.... هـ- حق العميل في تزويده بالإشعارات والكشوفات الدورية عن القيود الإلكترونية التي أجريت على حسابه..."

(4)- حيث جاء في المادة 5 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي " على المصدر أن :....- يضع على ذمة المنتفع الوسائل اللازمة التي تمكنه من الإطلاع على العمليات المنجزة وعلى الرصيد إثر كل عملية تحويل إلكتروني للأموال.."

لعميله فإن العناصر المكونة لها لا تخرج عن العناصر الأساسية للدليل الكتابي التي تطورت بفعل التطورات التكنولوجية الحديثة لتأخذ أشكال متعددة.

المطلب الثاني

تطور أدلة الإثبات في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

يعتبر الدليل الكتابي من أهم أدلة الإثبات فهو يمتاز عن غيره من الأدلة بإمكانية إعداده منذ نشوء الحق وقبل قيام النزاع، كما يوفر عدة ضمانات للأطراف من أهمها ضبط الحقوق القائمة والمتراضى عليها سواء قبل النزاع أو بعده، إضافة لكون الكتابة أقل تعرضا لتأثير عوامل الزمن، لهذا فهي تعتبر من أدلة الإثبات الأصلية التي تكون لها الأفضلية بين أدلة الإثبات الأخرى[1].

وتختلف الكتابة تبعاً للشخص الذي يقوم بتحرير المحرر ، فإذا كان هذا الشخص موظفاً عاماً أو مكلف بخدمة عامة، كان المحرر رسمياً[2]، وإذا كان شخصاً عادياً، كان المحرر عرفياً[3]، وهذا المحرر قد يكون معداً أصلاً للإثبات[1] وقد يكون من الأوراق غير المعدة لذلك لكنها تنطوي على بعض عناصر الإثبات تتفاوت قوةً وضعفاً[2].

---

(1)- تتنوع تقسيمات أدلة الإثبات تبعاً لتغاير الزاوية التي ينظر منها إليها، فمن حيث قبولها في الإثبات تقسم إلى أدلة مطلقة وأدلة مقيدة، والأدلة المطلقة هي التي يمكن بواسطتها إثبات كل الوقائع القانونية سواء أكانت تصرفات قانونية أم كانت وقائع مادية، وهي الكتابة والإقرار واليمين، أما الأدلة المقيدة هي التي يمكن عن طريقها إثبات الوقائع المادية دون التصرفات القانونية، وهي البينة والقرائن، ومن حيث دورها في الإثبات تقسم إلى أدلة عادية أو أصلية وأدلة غير عادية أو احتياطية، فالأدلة العادية أو الأصلية هي الكتابة والبينة والقرائن، والأدلة غير العادية أو الاحتياطية وهي الإقرار واليمين الحاسمة، أنظر في ذلك :

- جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية، م، س، ص 7

(2)-عرف المشرع المغربي الورقة الرسمية في الفصل 418 من قانون الإلتزامات والعقود بقوله" الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحيات التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون.

وتكون رسمية أيضا:1-الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم.2-الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون على الوقائع التي تثبتها".

أما المشرع الأردني نص في المادة 6 من قانون البينات على " السندات الرسمية: أ- السندات التي ينظمها الموظفون الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية ويحكم بها دون أن يكلف مبرزها إثبات ما نص عليه فيها ويعمل بها ما لم يثبت تزويرها..."

(3)- لم يعرف المشرع المغربي المحررات العرفية ولكنه تناول أحكامها في الفصول 424 -432 من قانون الإلتزامات والعقود، كما أن المشرع الأردني لم يقم بتعريف الأسناد العادية أو العرفية وإنما قام بتنظيم أحكامها في المواد 10- 19 من قانون البينات، وعموما فإن السند العرفي أو العادي يمكن تمييزه عن السند الرسمي بكون الأول قام بتنظيمه موظف عمومي أما الثاني فهو الذي يقوم الأشخاص أنفسهم بتحريره أو غيرهم ممن لا يتوفر على صفة الموظف العمومي، وقد عرف البعض المحرر العرفي على أنه الذي يقوم بتحريره الأطراف أنفسهم مباشرة أو عن طريق الكتاب العموميين، أو من غيرهم ممن لا صفة لهم لتحرير أو تلقي المحررات الرسمية، أو إذا لم تتوفر فيها بعض الشروط الأساسية وتحمل في الوقت نفسه ما يكفي لاعتبارها أوراقا عرفية، ولمزيد من الإطلاع أنظر :

ونظرا للتطورات التكنولوجية الحديثة فقد ظهر نوع جديد من المحررات أطلق عليه المحرر الإلكتروني، والذي جعل من الممكن تطوير المفاهيم التقليدية المتطلبة لقبول الدليل الكتابي في الإثبات كما حددها القانون والمتمثلة في الكتابة والتوقيع، وسنقوم في هذا المطلب ببحث التطورات التي لحقت عناصر الدليل الكتابي في فقرتين، نتناول في (الفقرة الأولى) الكتابة الإلكترونية، وفي (الفقرة الثانية) التوقيع الإلكتروني مع بحث دور كل منها في إثبات عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.

الفقرة الأولى: الكتابة الإلكترونية وتنظيمها القانوني

لقد سلف وقلنا أن البنك الذي يتحكم ويسيطر على مختلف الأجهزة التي يستخدمها العميل في إجراء عمليات التحويل البنكي الإلكتروني ملزم بأن يوفر لهذا الأخير مختلف الإشعارات والمستخرجات التي تتضمن البيانات المتعلقة بكل عملية من العمليات، والسؤال الذي يطرح في هذا الإطار هو مدى اعتبار هذه الإشعارات محررات مكتوبة؟[3]

- أستاذنا الحسين بلحساني : البيع و الكراء وفقا للقواعد العامة و التشريعات الخاصة، مطبعة دار الجسور ، وجدة، 2001 ص 42.

-محمد الربيعي : محررات الموثقين وحجيتها في الإثبات في التشريع المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني ، الدار البيضاء، 1987-1988

(1)- والمحرر العرفي المعد للإثبات كل كتابة مثبتة لواقعة قانونية معينة وموقعة من مصدرها، بمعنى أنه يشترط في الورقة العرفية المعدة للإثبات أن تكون مكتوبة وموقعة، وقد نص المشرع المغربي على هذه الشروط في الفصل 426 من قانون الإلتزامات والعقود، أما المشرع الأردني فقد نظم الورقة العرفية المعدة للإثبات في المواد 10-14 من قانون البينات، ويلاحظ أن المشرع الأردني يعتد بالخاتم والبصمة كبديل عن التوقيع في الورقة العرفية المعدة للإثبات بينما لا يعتد المشرع المغربي إلا بالتوقيع لنسبة المحرر لصاحبه، والحقيقة أن المشرع المغربي في الفصل السابق نص على عدم معادلة الختم الميكانيكي للتوقيع صراحة ولم يستبعد البصمة بشكل صريح، لكن القضاء المغربي قضى باستبعادها في عدة قرارات صدرت عن المجلس الأعلى، أنظر في ذلك :

- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 14 يونيو 1980، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، أكتوبر 1982 ص 132

- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 6 مارس 1989، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 95، نوفمبر 1991 ص 96

(2)- والمحررات العرفية غير المعدة للإثبات هي التي لم تكن عند تحريرها معدة للإثبات، لكن عند قيام النزاع تم تقديمها لتعطى لها الحجية الثبوتية في الدعوى، والمحررات العرفية غير المعدة للإثبات التي نظم قانون الإثبات حجيتها هي، الرسائل والبرقيات والدفاتر والأوراق المنزلية والتي قام المشرع بتنظيم بعضها ضمن الأوراق العرفية في الفصول 428-430 من قانون الإلتزامات والعقود وقام بتنظيم البعض الآخر ضمن ما سماه محررات أخرى في المادة 438 من قانون الإلتزامات والعقود، ودفاتر التجار والتي نظمها المشرع المغربي في المواد 433- 437 من قانون الإلتزامات والعقود، وأخيرا التأشير على سند الدين والذي نظمه المشرع المغربي في المادة 439 من قانون الإلتزامات والعقود، أما المشرع الأردني نظم الأسناد العادية غير المعدة للإثبات في المواد 15-27 من قانون البينات.

(3)- وقد حاول الفقه في فترة زمنية معينة الإعتماد على القواعد العامة للإثبات لإضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية فنادى بعضهم بضرورة الاعتماد على الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة والواردة في الفصل 447 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والذي جاء فيه " لا تطبق الأحكام المقررة فيما سبق

بداية نشير إلى أنه لا يشترط في الكتابة أي شرط خاص لا من حيث الصياغة ولا من حيث طريقة التدوين فيمكن أن تكون بأي شكل، سواء كانت مكتوبة باليد أو بالآلة

عندما توجد بداية حجة بالكتابة وتسمى حجة بالكتابة كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجز إليه الحق منه أو ممن ينوب عنه. وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه، موظف رسمي مختص، في الشكل الذي يجعلها حجة في الإثبات، وكذلك أقوال الخصوم الواردة في محرر أو حكم قضائي صحيحين شكلا "، والتي تقابلها الفقرة الأولى من المادة 30 من قانون البينات الأردني والتي جاء فيها " يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة دنانير.1- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.ومبدأ الثبوت هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال..."

حيث يرى البعض أن مستخرج الحاسب الإلكتروني يعتبر بداية الثبوت بالكتابة، وذلك على أساس توافر شروط بداية الثبوت بالكتابة وبالذات الشرط المتعلق بكون الكتابة صادرة من الخصم المدعى عليه على أساس أنه وإن كانت الورقة التي تخرج من الجهاز تخضع لنظام التشغيل الموضوع من قبل المؤسسة المالية (البنك) إلا أنها لا تظهر بهذه الصورة إلا بعد قيام المستخدم ببعض الإجراءات ولذلك فإن هذا- =المستخرج يكون محصلة تنفيذ أوامر الطرفين – مستخدم الجهاز والبنك – في آن واحد وبالتالي يكون صادرة عنهما، ومن ثم يمكن الإحتجاج بها ضديهما وإعتبارها بداية ثبوت بالكتابة يمكن إكماله بالشهادة أو بالقرائن لتصبح دليلا كاملا، أنظر :

- محمد السعيد رشدي : التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، جامعة الكويت ، 2001 ص 64
- الحسن الملكي : التجارة الالكترونية ، قراءة قانونية، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 89 سنة 2001.ص81وما بعد.

وعلى خلاف ذلك يرى البعض الأخر من الفقه أن المحررات الإلكترونية تكون صادرة عن البنك الذي لا يمكن له أن يحتج بها على العميل وبالتالي فإنه لا يمكن إعتبارها بمثابة بداية حجة كتابية، أنظر في هذا الرأي :

- محمد مرسي الزهرة: الحاسوب والقانون، م، س، ص127.
- جمال عبد الرحمن محمد علي : الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية ، جامعة القاهرة ، 2004 ، ص 46 وما يليها.

وبالإضافة إلى ذلك فقد حاول بعض الفقه الإعتماد على فكرة إستحالة وجود الدليل الكتابي التي نصت عليها مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 448 من ق ل ع والتي جاء فيها " استثناء من الأحكام السابقة يقبل الإثبات بشهادة الشهود....2- إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام كالحالة التي تكون فيها العقود ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم..."، والتي تقبلها الفقرة الثانية من المادة 30 من قانون البينات الأردني والتي جاء فيها " .... إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربطها بسند. يعتبر مانعاً مادياً أن لا يوجد من يستطيع كتابة السند أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد. تعتبر مانعاً أدبيا القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر..." وذلك من خلال إعتبار أن الطبيعة المادية للوسائط الالكترونية قد تكون مانعا يجيز الإثبات بكافة طرق الطرق والوسائل، وانطلاقا من هذه الإستحالة فإن للمدعي وفقا لما ورد في النصوص التشريعية أن يثبت التعامل الإلكتروني ومن بينها القرينة المستمدة من وجود المحرر الإلكتروني على الوسائط الممغنطة أو النسخة المطبوعة فيها بواسطة آلة الطباعة، أنظر في هذا التوجه :

- Feral-schuhl (ch): Cyber droit, le droit l'epreuve de l'internet 2eme ed, Dalloz, Paris, 2000, P154

لكن هناك من الفقه من يعارض ذلك ويرى أن الحجية المستخلصة عن إستحالة الحصول على الدليل الكتابي هي غير قابلة للتطبيق هنا، لأن السهولة والمرونة في المعاملات البنكية والتجارية بصفة عامة مع إنها تتنافى مع مصالح العملاء إلا أنها لا تشكل إستحالة.

- عبد الباسط جميعي : إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، م، س، ص 67

الكاتبة أو بالكمبيوتر[1]، لكن مع ذلك يشترط فيها حتى يمكن أن تقوم بوظيفتها في الإثبات أن تكون واضحة ومقروءة ومستمرة وغير قابلة للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ظهور أثر التعديل عليه.

فحتى يمكن الاحتجاج بمضمون المحرر المكتوب في مواجهة الآخرين فإن المحرر يجب أن يكون مقروءا، وبالتالي يشترط في المحرر الكتابي أن يكون مدونا بحروف أو رموز معروفة أو مفهومة للشخص المراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر[2]، والمحررات الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني على الرغم من أن تدوينها يتم بداية بلغة الآلة[3] بحيث لا يستطيع الإنسان قراءتها بشكل مباشر، إلا أن الأجهزة التي تصدر عنها هذه المحررات تكون مزودة ببرامج لها القدرة على الترجمة من لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان[4]، وبالتالي فإن مثل هذه الكتابة يمكن قراءتها في جميع الأحوال وهو

(1) -إدريس العلوي العبدلاوي : وسائل الإثبات، م. س، ص 84.

(2)- ويرى بعض الفقه أن تسجيل المعلومات بشكل إلكتروني لا يمكن إعتباره مقروءا بصفة مباشرة من قبل الزبون على عكس الوثيقة المكتوبة بالآلة الكاتبة، وتبعا لذلك فإن الشرط الذي يستوجب شكلا كتابيا للوثيقة المدلي بها قد يظهر أنه من الصعب استيفاءه على الوضع الحالي لتأويل مفهوم الكتابة، فالتسجيل بحد ذاته وقع على دعامة إلكترونية ،وعليه فإنه ليس بطبيعته قابلا للفهم والإدراك إلا ما تم الإدلاء به ما هو إلا نقلا لهذا التسجيل، وفي نفس الإتجاه يرى بعض الفقه أن الكتابة تعد أحد المشكلات التي تواجه الإثبات بالتقنيات الحديثة ، لأن غالبيها تصب في أوعية غير ورقية ، وبالتالي في إطار المفهوم التقليدي للكتابة يبقى من الصعب إضفاء طابع الورقة العرفية على هذه التقنيات ،فبالنسبة مثلا للمعلومات التي تكون على أشرطة أو أقراص مغناطيسية فالمعلومات فيها تكون غير مرئية ولا يمكن التحقق منها حتى يتم تخزينها مباشرة على ذلك الشريط المغناطيسي أو القرص من ذاكرة الحاسب الإلكتروني، ولذلك فإن هذا النوع من المستخرجات يصبح محل شك في الإثبات، أنظر في ذلك :

- عمر أنجوم: الحجية القانونية لوسائل الإتصال الحديثة، م، س، ص117.

-محمد بوشيبة : الإثبات بين القواعد التقليدية ومستجدات التقنيات الحديثة ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة الحسن الثاني ، عين الشق ، 2003-2004.ص 163.

(3)- يعتمد عمل الحاسب الآلي على تحويل المعلومات بكافة أشكالها (بيانات مكتوبة، صوت، صورة) إلى أرقام ثنائية و تسمى بذلك لأنها مؤلفة على وجه الحصر من أصفار و آحاد و يسمى كل صفر أو واحد بت(Bit) و ما أن يتم تحويل المعلومات إلى أرقام فإنه يصبح بالإمكان تخزينها على شكل صفوف طويلة من البتات و هذه الأرقام هي ما يطلق عليها (المعلومات الرقمية).

- بيل جيتس : المعلوماتية بعد الإنترنت، ترجمة عبد السلام رضوان،المجلس الوطني للثقافة و الفنون الآداب، الكويت، 1998 ص47

(4)- وفي هذا السياق يرى بعض الفقه أن الكتابة الإلكترونية تختلف عن الكتابة التقليدية من عدة وجوه :

- أولا : الكتابة العادية أو التقليدية تتمثل في كيان مادي ملموس، ومن ثم تسهل قراءتها بالعين المجردة، أما الكتابة الإلكترونية فتكون مسجلة على دعامة مغناطيسية، ولا يمكن قراءتها أو الإطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلي أو طبعها على ورق بواسطة الطابعة الملحقة بالحاسب .

ثانيا: تتسم الكتابة التقليدية بصفة الدوام والثبات فهي تكون بطريقة نهائية ومن ثم يسهل كشف أي تلاعب أو تزوير فيما تفتقد الكتابة الإلكترونية إلى هذه الصفة، لأنها قابلة للمحو والتعديل والتلف دون ترك أثر ملحوظ يكشف التلاعب بها، وبصفة خاصة إذا قام بذلك مهني متخصص في المجال المعلوماتي، ويمكن أن يتم ذلك بسبب عطل أو خلل فني أو تقني في الأجهزة المستعملة سواء تم ذلك تلقائيا أو بفعل متعمد، كما لو تم إطلاق فيروس على برنامج الكمبيوتر لتدميره .

ما يعني استيفائها لهذا الشرط المتعلق بإمكان قراءتها وفهمها طالما أن اللغة التي تظهر على شاشة الجهاز أو على الإشعار المستخرج هي لغة مفهومة ومقروءة لإطراف المعاملة(1).

كما يشترط للاعتداد بالكتابة في الإثبات أن يتم التدوين على وسيط يسمح ببيان الكتابة عليه واستمرارها، يمكن الرجوع إليها كلما كان ذلك لازما لمراجعتها، أو لعرضها على القضاء عند حدوث نزاع بين الأطراف، ولا شك أن استخدام الأجهزة والوسائط الحديثة تمكن من تحقيق هذا الشرط بل إنها تجعل الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة أمرا ممكنا بشكل يفوق قدرة الأوراق العادية التي تتأثر بعوامل الزمن أو بفعل الرطوبة نتيجة لسوء الحفظ أو التخزين(2).

وأخيرا فإنه يشترط في الكتابة المعتد بها في الإثبات أن تكون غير قابلة للتعديل، بمعنى أن تقدير قوة المحرر الكتابي في الإثبات يتحدد في ضوء السلامة المادية للمحرر وعدم إدخال تعديلات عليه بالإضافة أو المحو أو التحشير بشكل يؤدي إلى ظهور عيوب مادية في المحرر، فالكتابة المدونة على أوراق باستخدام الأحبار التي تتصل كيميائيا بالتركيب المادي لهذه الأوراق لا يمكن فصلها إلا بإتلاف الأوراق نفسها أو إحداث تغييرات مادية يسهل التعرف عليه بالمشاهدة أو من خلال الرجوع إلى الخبرة الفنية(3).

- محمد حسن قاسم : قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 232.

(1)-وقد عرفت منظمة المواصفات العالمية ISO المحرر بأنه " مجموعة المعلومات والبيانات المدونة بدعامة مادية يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة متخصصة لذلك"، ويرى بعض الفقه أنه لا يشترط أن تتم قراءة الدليل من الإنسان مباشرة،وإنما يمكن أن تتحقق القراءة بطريق غير مباشر باستخدام الحاسب الآلي،لذلك لم يعد دليل الإثبات محصورا في الكتابة الخطية أو اليدوية إنما امتد إلى الكتابة الإلكترونية مجاراة التطور التقني وما افرزه من تعاملات إلكترونية تعتمد على وسائط غير مرئية، ومن أجل حسم هذه المسألة فقد أضاف المشرع الفرنسي في الإثبات عن طريق الوسائل الالكترونية نص المادة 1316 من القانون المدني والذي عرف المحرر المستخدم في الإثبات بأنه: " كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارات أخرى تدل على المقصود منها ويستطيع المغير أن يفهمها..."، أنظر:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ، 2003 ص167
- حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، م، س، ص20
- أحمد ادريوش : تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية ، عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53.05 على قانون الإلتزامات والعقود ،منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، مطبعة الأمنية ، الرباط، 2009م ، ص 60

(2)- ويعني ذلك أن التكنولوجيا الحديثة تغلبت على عقبة الإحتفاظ بالمحرر المكتوب لفترة طويلة من الزمن، وأتاحت الرجوع إليها كلما دعت الحاجة إلى ذلك فقد أصبح المحرر الإلكتروني يتوفر على هذا الشرط –شرط الإستمرارية– شأنه شأن المحرر الورقي، :

- حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، م.س.ص21.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، م.س.ص167

(3)- حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت.م.س.ص22

ولا تختلف الكتابة الإلكترونية عن الكتابة على المحررات الورقية في هذا الشأن إذا ما نظرنا إليها من جهة العميل الذي يحوزها ويريد التمسك بها في الإثبات، فالبنك هو الذي يتحكم بمضمونها بحسب المعطيات التي قام العميل بإدخالها في الجهاز وحسب البرامج التطبيقية المخزنة فيه، وبالتالي فإن هذه التكنولوجيا لا تسمح بالتدخل في الكتابة الإلكترونية بالتعديل أو المسح[1].

وبالإضافة إلى ذلك فإن الفقه[2] يرى بأن المعالجة الآلية للبيانات لا يمكن أن تؤدي إلى القول بتمييز الدعامة التي يتم تحرير الكتابة عليها عن الدعامة المتطلبة في الإثبات، فالدعامة كما يمكن أن تكون من الورق يمكن أن تكون كذلك من الحديد أو الخشب والأقراص المرنة أو المضغوطة، ولا يوجد ارتباط بين فكرة الكتابة وبين وجوب تدوينها على الورق، ولا يوجد كذلك في الأصل اللغوي لكلمة محرر ما يقصر معناها على ما هو

---

(1)- وعلى خلاف ذلك يرى بعض الفقه أن الكتابة على الوسائط الإلكترونية من أقراص وشرائط ممغنطة تفتقد إلى هذه القدرةبل أن افتقادها سبب تفوقها على الأوراق من ناحية الإستخدام العملي، فالأصل في التدوين على الوسائط الإلكترونية هي قدرة كل طرف من الأطراف على تعديل مضمون المحرر وإعادة تنسيقه بالإضافة أو الإلغاء أو المحو بدون أن يظهر لهذا التعديل أي أثر مادي يمكن ملاحظته أو إكتشافه، ويترتب على هذا الإختلاف المادي بين الأوراق والوسائط الإلكترونية ،أن المحرر الإلكتروني يفتقر بحسب الأصل إلى شرط من أهم الشروط التي تتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات والتي تهدف إلى تحقيق الثقة في البيانات المدونة في المحرر وعلى الرغم من بعض التقنيات الخاصة والتي تضمن عدم البث بالمحررات الإلكترونية أو التعديل عليها فإنها تبقى دائما أقل قيمة من المحررات الورقية نظرا لإحتمال التعديل عليها، والحقيقة أن هذا التوجه صحيح في إطار العمليات الإلكترونية العادية، أما في إطار العمليات البنكي وخصوصا عمليات التحويل البنكي الإلكتروني فإن البنك هو الذي يكون مسيطرا على إنشاء هذه المحررات وهو الوحيد الذي يستطيع التعديل عليها والدخول لبرمجة الأجهزة الإلكترونية التي تقوم بإصدارها، لهذا فإن هذا الشرط يعتبر متحققا بالنسبة للعميل الذي يتمسك بتلك المحررات نظرا لعدم قدرته على التعديل عليه واستمراريتها بالنسبة له، أنظر في التوجه الذي يرى بعدم تحقق شرط الإستمرارية على المحررات الإلكترونية :

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية م.س.ص168
- طارق كميل : التعاقد عبر الإنترنت وجوانبه القانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط 2002-2003. ص155
- Henry (H) Perritt (J.R): Law and the information superhighway, wily Law 1996.P12.

(2)- أنظر على سبيل المثال :

- نجوى أبو هيبة : التوقيع الإلكتروني، تعريفه و مدى حجيته في الإثبات، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون الجزء الأول م، س، ص 405.
- عطا عبد العاطي السنباطي : الإثبات في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، الجزء الأول، م، س، ص470.
- محمد حسام لطفي: الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002 ص26 وما يليها.
- هاني دويدار : مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني، م، س، ص 476
- محمد السعيد رشدي : حجية وسائل الإتصال الحديثة في الإثبات، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول لأكاديمية شرطة دبي،الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الإمارات العربية المتحدة في الفترة 26-28 إبريل 2003، الجزء الثاني، ص 369

مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء كانت ورقا أم غير ذلك، فكلمة محرر تشمل ما هو مكتوب على ورق أو غيره من الدعامات على حد سواء.

وعلى المستوى القانوني حاولت الجهات الدولية ذات الصلة وضع معايير ونماذج لقواعد قانونية تنظيم قبول المحررات الإلكترونية كأدلة في الإثبات(1)، لكي تسترشد التشريعات الوطنية بها لتعديل قوانينها وتكييفها مع بيئة العمل الإلكتروني بما يضمن إضفاء الحجية على مختلف الوسائل الإلكترونية في الإثبات.

فالقانون الصادر عن لجنة التجارة الدولية للأمم المتحدة المسمى بالأونسترال، كان يهدف إلى إزالة العقبات القانونية التي تحول دون استخدام بدائل الأشكال الورقية وتخزين المعلومات في إنجاز المعاملات وإثباتها، من خلال الاعتراف بقيمة المحررات الإلكترونية وصحة قيامها بوظائف المحرر الورقي من حيث إمكانية قراءته أو فهمه أو استنساخه(2)، ولهذا الغرض قام قانون الإونسترال بإظهار الوظائف الأساسية لاشتراطات الشكل الورقي وبيان كيفية استيفاء رسائل البيانات الإلكترونية لها، ومن ثم الاعتراف لها بذات الحجية القانونية التي يحظى بها المحرر الورقي الذي يؤدي الوظيفة ذاتها(3).

وقد أكد كل من المشرع المغربي ونظيره الأردني بشكل صريح على معادلة القوة الثبوتية للمحررات على الدعامة الإلكترونية والمحررات على الورق(4)، بشرط أن يكون بالإمكان التعرف على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون محفوظة ومعدة بشكل

---

(1)- وقد أصدرت غرفة التجارة الدولية التابعة لأمم المتحدة القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسترال) مع دليله التشريعي بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 162/51 بتاريخ 16 ديسمبر 1996، وهو يتكون من 17 مادة وينقسم إلى جزئين، يحتوي الجزء الأول منه على مواد عامة عن التجارة الإلكترونية، أما الجـزء الثـاني فيحتوي على مواد عن التجارة الإلكترونية في مجالات محددة.

(2)- عمر أنجوم : الحجية القانونية لوسائل الإتصال الحديثة، م، س، ص 183

(3)- وتنص المادة 5 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على أن " لا تفقد المعلومات مفعولهـا القـانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات"، ونصت المادة 6 على أن " على أنه عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الـواردة فيها على نحو يتيح إستخدامها بالرجوع إليها لاحقا، وتسري أحكام الفقرة 1 سواء أتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل إلتزام أو إكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي ترتب إذا لم تكن المعلومة مكتوبة".

(4)- من خلال ما نص عليه الفصل 417-1 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي والمتمم بموجب نص المادة 4 من القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية حيث جاء فيه " تتمتع الوثيقة المحـررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق. تقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني الإثبات شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق شريطة أن يكون بالإمكان التعـرف بـصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها"، أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد جاء النص على ذلك في المادة 8 التي جاء فيها " أ- يستمد السجل الالكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية:1- أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن ، في أي وقت ، الرجوع إليها.2- إمكانيـة الاحتفـاظ بالسجل الالكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومـات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه.3- دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشئه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه".

صحيح، فالمعيار الأساسي الذي يجب أن يتوفر في الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية هو أن يتم إعدادها وحفظها بطريقة من شأنها ضمان إثبات دقة المعلومات الواردة فيها، وهذا المعيار موضوعي يتمثل في أن المعلومة الواردة في المحرر على الدعامة الإلكترونية يجب أن تكون في المتناول، يمكن استخدامها بالرجوع إليها لاحقا، وأن تكون مقروءة وقابلة للفهم.

لكن على الرغم من إتفاق كل من المشرعين الأردني والمغربي في المعايير التي وضعت لضمان حجية الوثيقة الإلكترونية، فإنهما اختلفا في تقدير حجية هذه الوثائق في الإثبات[1]، وهذا يلاحظ من خلال قيام المشرع المغربي بمعالجة الحالة التي قد يثار فيها تنازع بين الكتابة العادية أو التقليدية والكتابة الإلكترونية بخصوص نفس التصرف الواحد، فعند غياب نص قانوني يرجح أحد الشكلين أو وجود إتفاق بين الأطراف على ذلك، يعود الأمر للقاضي لكي يحسم التنازع في مجال الإثبات من خلال تحديد وبكافة الوسائل الدليل الأقرب إلى الحقيقة كيفما كانت دعامته[2].

(1)- والمشرع الأردني ساوى في الحجية بين المحررات العادية والمحررات الإلكترونية بشكل قاطع بشرط أن تتوفر على الشروط المتطلبة قانونا وذلك من خلال نصه في المادة 7 من قانون المعاملات الإلكترونية على أن " ...يعتبر السجل الالكتروني والعقد الالكتروني والرسالة الالكترونية والتوقيع الالكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات.

(2)- ويلاحظ أن المشرع المغربي وضع هذا النص بشكل يتقارب كثيرا مع النص الذي وضعه المشرع الفرنسي في المادة 1316 من القانون الفرنسي رقم 230 الصادر في 13 مارس 2000 والمعدل لنص المادة 1316 من القانون المدني والتي نصت على ما يلي:

" الأدلة الكتابية هي الأدلة التي تتخذ شكلا كتابيا سواء كانت من حروف أم أرقام أو من أي شكل من الإشارات والرموز ذات دلالة تعبيرية مفهومة للآخرين أيا كان نوع الوسيط أو الحامل الذي تقع عليه وأيا كانت طريقة نقلها وذلك حسب التفصيل الآتي:

1-تتمتع المحررات الإلكترونية بحجية المحررات الكتابية في الإثبات بشرط أن تفصح عن شخصية محررها وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة بها هذا ويمكن إثبات عكس ما ورد في المحرر الإلكتروني عن طريق تقديم أدلة جديدة محددة وواضحة على عدم صحة المحرر أو التوقيع الإلكتروني وفي جميع الأحوال لا يجوز إستخدام المحرر الكتابي في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما ورد في محرر كتابي مدون على وسيط ورقي وموقع عليه بواسطة أطرافه.

2- في حالة عدم تحديد القانون لشروط السند الإلكتروني أو عدم وجود إتفاق صحيح بين الأطراف، فإن للقاضي أن يفصل بالنزاعات المتعلقة بالأدلة الكتابية بكافة طرق الإثبات أيا كان مصدر السند..."، أنظر في شرح وتحليل هذه المادة :

– أحمد شرف الدين: عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته، م، س، ص316

– عمر أنجوم : الحجية القانونية لوسائل الإتصال الحديثة، م، س، ص 250

- Mynard (A): Télématique et preuve en droit civile Québécois et Français, D.I.T.1992 P.21.
- Caproili (E): Ecrit et preuve electronique dans La loi 230 du 13 Mars.2000 La semaine Juridique n°2 P6

وبخصوص هذه المسألة يرى بعض الفقه[1] أنه يجب على القاضي احترام التراتبية الواردة في المادة السابقة لتحديد أثر الدليل المراد التمسك به، من خلال النظر أولا في شأن قيمة هذا الدليل إلى النص القانوني، ثم إن سكت تمت مراجعة الاتفاق، فإن سكت الاتفاق كان للقاضي سلطة تقديرية لمقارعة الأدلة والترجيح بشأنها، هذا ما يتناقض مع اتجاه وفلسفة التعديل التشريعي لنصوص الإثبات في قانون الالتزامات والعقود، ويشكك في مبدأ المعادلة الوظيفية بين الوثيقة أو المحرر الإلكتروني والمحرر الكتابي التقليدي الذي اعتمد عليه المشرع المغربي[2]، فالاعتماد على الدعامة التي تقع عليها الكتابة في الترجيح بين شكل الكتابة يجعل المحرر الإلكتروني في مرتبة أدنى من المحرر الورقي.

وبالإضافة إلى ذلك فإن النص لم يضع معايير ملزمة للقاضي يستخدمها في عملية الترجيح بين المحررات المختلفة في طبيعة الدعامة التي تقع عليه، وإنما أتاح له مباشرة هذا العمل بما له من سلطة في تقدير كل حالة على حده ليصل إلى المحرر الذي يقدر أنه الأكثر مصداقية، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى ظهور نوع من التحكم في قرارات القضاء وترجيح الأدلة الورقية على حساب غيرها من الأدلة، بما يفقد التعديلات التي جاء بها المشرع المغربي قيمتها.

الفقرة الثانية : التوقيع الإلكتروني ودوره في عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

يعتبر التوقيع الشرط الجوهري في الدليل الكتابي المعد للإثبات، لأنه أساس نسبة الكتابة إلى موقعها ولو لم تكن مكتوبة بخطه، كما أنه يدل على اعتماده إياها وإرادته الالتزام بمضمونها، لهذا فإن خلو الورقة من توقيع من تنسب إليه لا يجعلها دليلا كتابيا كاملا ولو كانت مكتوبة بخطه فهي لا تعدو أن تكون مشروعا يحتمل الاعتماد أو عدمه ولأن الكتابة بذاتها لا تفيد قبول الالتزام المكتوب، ولهذا فإن التوقيع يعتبر روح الدليل الكتابي لأن هذا الأخير لا يستمد حجيته إلا من هذا التوقيع فهو المصدر الوحيد لإضفاء الحجية على الورقة المكتوبة[3].

---

(1)–محمد الكشبور و مصطفى مالك : قراءة في القانون المغربي للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، م، س، ص 14

(2) فبعض الفقه يرى بأن المشرع المغربي في هذا النص إعتمد على مبدأ المعادلة الوظيفية بين المحررات العادية والمحررات الالكترونية في إنشاء التصرفات القانونية، وتستوجب، لهذه المعادلة، شروطا تكمن في إعداد المحررات الالكترونية المنشئة وحفظها بما يضمن تماميتها، وفي إمكان التعرف، بصفة قانونية، على الشخص الذي صدرت عنه، عن طريق توقيعه الذي يعبر به عن قبوله الالتزامات الناتجة عنها.

– مصطفى مالك : إبرام العقد بشكل إلكتروني، منشور ضمن أعمال المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون،م، س، ص 24

(3)– والتوقيع بما أنه شكل خاص من أشكال الكتابة، فهو بالتالي يخضع لذات الشروط التي تخضع لها الكتابة من حيث إمكانية الإطلاع عليه وقراءته، كما أن للتوقيع يجب أن يترك اثرا متميزا يبقى ولا يزول مع الزمن، وحتى يتوفر التوقيع على هذا الشرط فقد جرت عادة الأشخاص على وضع توقيعاتهم بحيث تكون منفصله عن الكتابة غير متداخلة فيها أو مختلطة معها، ويشترط في التوقيع حتى يقوم بوظيفة التعبير عن إرادة الشخص الموقع هو أن يكون محررا بيد الشخص الموقع مباشرة، وقد عبر المشرع المغربي عن هذا الشرط في الفصل 426 من قانون الإلتزامات والعقود بتطلبه أن يتم التوقيع بيد الملتزم ويترتب عن ذلك عدم قبول البصمة أو الختم أو أي

ومن الناحية القانونية فإن التوقيع ما هو إلا تعبير عن إرادة الموقع ومشاركته في المحرر المثبت للتصرف وإقراره لمحتوى هذا المحرر وموافقته عليه[1]، فقيام الشخص بوضع توقيعه على مستند يتضمن بعض المعلومات ينطوي على انصراف نيته بالالتزام بما تضمنه المستند، وبالإضافة إلى ذلك فإن التوقيع يعد وسيلة لتحديد هوية صاحبه من خلال كونه يدل على شخصيته ويميزه عن غيره من الأشخاص[2]، لهذه فإنه يكون الوسيلة التي لا مجال للشك فيها كقاعدة لتوثيق وتصديق المعلومات التي يتضمنها السند الموقع ونسبتها إلى صاحبها[3].

شكل أخر غير التوقيع اليدوي ليحل محله في الإثبات، بينما نجد أن المشرع الأردني لم يشترط مثل هذا الشرط وبالتالي ساوى التوقيع اليدوي بغيره من الأشكال الأخرى، ولعل أهم الشروط التي يجب أن تتوفر في التوقيع حتى يعتد به هو أن يكون متصلا إتصالا ماديا بالمحرر المكتوب، وحقيقة الأمر أن إستخدام الأوراق في كتابة المحررات المعدة للإثبات يتحقق معه إتصال التوقيع بالمحرر إتصالا ماديا وكيميائيا لا يمكن معه فصل إحداهما عن الأخر إلا بإتلاف الوثيقة أو بإحداث تعديل في التركيب الكيميائي لكل من الأحبار ومادة الأوراق المستخدمة يمكن كشفه بالمشاهدة أو باللجوء إلى الخبرة الفنية، أنظر في الشروط المتطلبة في التوقيع للإعتداد به في الإثبات :

- عبد الرزاق السنهوري: شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات م، س، ص178.
- سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته، م، س، ص234
- توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م، س، ص68.
- محمد المرابط: مؤسسة التوقيع في الأوراق التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط 1995، ص67.

(1)- التوقيع إصطلاحا يستخدم بمعنيين، الأول يقصد به عملية التوقيع ذاتها، أي واقعة وضع الإمضاء أو أي رمز آخر على محرر يحتوي على معلومات معينة، والثاني يقصد به العلامة أو الإشارة التي تسمح بتمييز الموقع، وقد عرف بعض الفقه التوقيع على أنه " كل علامة على سند تميز هوية وشخصية الموقع وتكشف عن إرادته بقبول إلتزامه بمضمون هذا المستند و إقراره له"، كما عرفه البعض الآخر على أنه " علامة شخصية خاصة ومميزة يضعها الشخص على مستند معين لإقراره والإلتزام بمضمونه، ويعتبر توقيعا كل علامة شخصية توضع كتابة بحيث تتيح تحديد الشخص صاحبها بما لا يدع مجالا للشك بقبوله المستند "، انظر في ذلك :

- ثروت عبد الحميد : التوقيع الإلكتروني،ماهيته، مخاطره،ومدى حجيته في الإثبات،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص19
- محمد صابر : التوقيع، مقال منشور بمجلة المحامي، عدد 25-26، 1994، ص106.
- أنجوم عمر: الحجية القانونية لوسائل الإتصال الحديثة، م، س، ص 151-152.
- إدريس العلوي العبدلاوي: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م، س، ص85
- طارق كميل : التعاقد عبر الإنترنت وآثاره، م، س، ص 123

- Croze (R): Informatique, preuve et securité, Op.Cit, P169
- Lamthe (De): Réflexions sur la signature, Gaz.pal 1976.P.74.

(2)- أنظر في ذلك :

- جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية، م، س، ص 47
- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، م، س، ص 236
- توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م، س، ص 69
- محمد المرابط: مؤسسة التوقيع في الأوراق التجارية، م، س، ص 91

(3)- أنظر في ذلك :

لكن إذا كان من المعتاد أن إثبات هوية الشخص تتم من خلال التوقيع الكتابي، فإن الاعتماد على نظم المعلومات بشكل كبير أدى إلى انحسار مجال الإجراءات اليدوية في ظلها، وقد ظهر هذا التحول في مجال التعاملات البنكية التي شهدت موجة هائلة من التطور التكنولوجي وانتشار الحاسبات الآلية بوحدات الجهاز البنكي لتسوية المعاملات بين البنوك وعملائها، ونتج عن هذا التطور قيام البنوك بتقديم العديد من الخدمات الحديثة من بينها خدمات التحويل الإلكتروني للأموال.

وفي ظل هذه الظروف أصبح التوقيع كإجراء مكتوب باليد عقبة يستحيل تكييفها مع النظم الحديثة للإدارة والمحاسبة، لهذا اتجه الواقع إلى البحث عن بديل للتوقيع التقليدي يستطيع أن يؤدي ذات الوظيفة من ناحية، ويتكيف مع وسائل الإدارة الحديثة من ناحية أخرى، وذلك من خلال استخدام الرموز والأرقام السرية فظهر ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني[1] كبديل للتوقيع الكتابي التقليدي.

- عبد الرزاق السنهوري: شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، الإثبات م، س، ص232
- سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية م، س، ص192
- أحمد نشأت: رسالة الإثبات، م، س، ص 261
- محمد السعيد رشدي : حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات م، س، ص46
- محمد المرسي زهرة: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م، س، ص813
- محمد المرابط: مؤسسة التوقيع في الأوراق التجارية، م، س، ص88

(1)- وقد عرفت المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام 2001 التوقيع الإلكتروني على أنه " البيانات الإلكترونية الموجودة في رسائل البيانات والمرتبطة منطقيا بها والتي تستخدم للتحقق من شخصية الموقع في إطار هذه الرسائل وتشير إلى قبوله المعلومات التي تتضمنها"،وقد سارت التشريعات الوطنية المنظمة للتوقيع الإلكتروني على نهج قانون الأمم المتحدة في تعريف التوقيع إلكتروني ، سيما وأن مدلول التعريف يترتب عليه آثار قانونية محددة حسب التشريع الوطني وإن كان ليس بالضرورة أن تتوحد هذه التعريفات بين بلدان العالم ، وهي مسألة نبه إليها القانون النموذجي المشار إليه أعلاه حيث لم يرتب آثار قانونية على التفرقة بين تقنية وأخرى أو بين شكل وآخر من أشكال التوقيع الإلكتروني وإنما العبرة بتوافر شروط الثقة أو المصداقية في ذلك التوقيع على نحو يوفر حجيته تماما مثل حجية التوقيع الكتابي، وفي هذا الإطار فقد عرف المشرع الفرنسي التوقيع الإلكتروني في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي المعدل بقانون رقم 2000-230 بتاريخ 13 مارس 2000 المتعلق بالإثبات بأنه "التوقيع الضروري لإكتمال التصرف القانوني الذي يجب أن يميز هوية صاحبه كما يعبر عن رضا الأطراف بالإلتزامات الناشئة عنه... وإذا ما تم التوقيع في شكل إلكتروني وجب إستخدام طريقة موثوق بها لتمييز هوية صاحبه وإتجاه إرادته للإلتزام بالعمل القانوني المقصود"، أما المشرع المصري فقد عرف التوقيع الإلكتروني في القانون رقم 15 لسنة 2004 في مادته الأولى بقوله "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"، انظر في شرح وتحليل هذه القوانين :

- نجوى أبو هيبة : التوقيع الإلكتروني، تعريفه مدى حجيته في الإثبات، م، س، ص 442
- حسن عبد الباسط جميعي : إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت ، م، س، ص34
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، م، س، ص170.

والتوقيع الإلكتروني هو عبارة عن مجموعة من الإجراءات التقنية يمكن بواسطتها تحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وتفيد قبوله بمضمون العملية أو التصرف الذي يستخدم التوقيع لإجرائها[1]، فالتوقيع الإلكتروني وسيلة حديثة لتحديد هوية صاحب التوقيع ورضاه بالتصرف القانوني الموقع عليه.

وفي إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني يقوم العميل بتوجيه أوامر التحويل المختلفة من خلال استخدامه لأداة التحويل التي يزوده بها البنك، والتي تختلف تبعا لاختلاف حاجيات العميل، فقد تكون أداة التحويل عبارة عن بطاقة ورمز سري خاص بها، كما قد تكون أداة التحويل عبارة عن معرف شخصي بالإضافة إلى الرمز سري تستخدم لولوج لمنافذ التحويل المختلفة.

ويقوم العميل باستخدام أداة التحويل من خلال إدخال أو تمرير أداة التحويل به عبر جهاز معين، أو وضع المعلومات المتعلقة بها في الخانة المخصصة لذلك، ومن ثم إدخال الرمز السري في الجهاز، أو أن يقوم بإدخال رقم البطاقة أو المعرف الشخصي الخاص به في الخانة المخصصة لذلك في منافذ التحويل ومن ثم إدخال الرقم السري حتى يستطيع إتمام عملية التحويل، والسؤال الذي يطرح في هذا الإطار، هل تعتبر هذه العملية بمثابة توقيع إلكتروني؟

من خلال الإطلاع على كل من التشريعين المغربي والأردني يلاحظ أنه لا يشترط في التوقيع الإلكتروني أن يتخذ شكلا معينا[2]، فعلى خلاف المشرع المغربي الذي لم

---

(1)- انظر في هذا التعريف :

- Davio (E): internet face au droit, éd scientica 1997 P.80

وفي هذا السياق قام بعض الفقه بتعريف التوقيع الإلكتروني على أنه " مجموعة من الرموز أو الأرقام أو الحروف الإلكترونية التي تدل على شخصية الموقع دون غيره "، بينما عرفه البعض الآخر على أنه " توقيع رقمي يرتبط بالمعلومات التي يرغب المرسال بإرسالها لطرف آخر"، كما أن هناك من الفقه من قام بالتركيز على الوظائف التي يقوم بها التوقيع الإلكتروني من خلال تعريفه على أنه " إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء كان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة إلكترونية معينة أو شفرة خاصة المهم بالأمر أن يحتفظ بالرقم أو الشفرة بشكل آمن وسري تمنع إستعماله من قبل الغير وتعطي الثقة في أن صدور هذا التوقيع يفيد بالفعل أنه صدر من صاحبه أي حامل الرقم أو الشفرة ولهذا يمكن تسميته التوقيع الإلكتروني بالتوقيع الإجرائي"، أنظر في مختلف هذه التعريفات :

- نجوى أبو هيبة:التوقيع الإلكتروني ، تعريفه مدى حجيته في الإثبات، م، س، ص 442
- محمد المرسى زهرة: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م، س، ص814.
- أحمد شرف الدين: عقود التجارة الإلكترونية، م، س، ص268.
- ثروت عب الحميد : التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره، ومدى حجيته في الإثبات، م، س، ص 50

(2)- ويتخذ التوقيع الإلكتروني العديد من الأشكال من بينها :

- التوقيع البيومتري : ويعتمد هذا النوع على استخدام الصفات والمميزات الجسمانية والفيزيائية التي تميزه عن غيره من الأفراد وهذه الخصائص الذاتية للشخص متعددة منها، بصمات الأصابع والأوردة الدموية وشبكة العين والصوت وحركة اليد عند وضع التوقيع.

يعرف التوقيع الإلكتروني[1] نص المشرع الأردني صراحة في تعريفه للتوقيع الإلكتروني على عدم اشتراط شكل معينا فيه[2]، وبالتالي يمكن القول أن أي وسيلة تقنية حديثة تعد بمثابة توقيع إلكتروني طالما توفرت فيها الشروط القانونية التي تطلبها كل من التشريع المغربي والأردني والمتمثلة في ارتباط التوقيع بالمحرر، وتحديد هوية الشخص الموقع، والتعبير عن قبوله للالتزام الوارد في الوثيقة[3].

فمن ناحية ارتباط التوقيع بالمحرر فإن هذا الارتباط لا يشترط فيه أن يكون ارتباطا ماديا بمعنى اتصال التوقيع بالمحرر كما هو شأن التوقيع التقليدي، بل يكفي أن يكون هذا

- التوقيع اليدوي المرقم : يتمثل هذا النوع في أخذ نسخة من التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي (Scanner)، ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة التوقيع إليه، وهكذا يمكن نقل ذلك التوقيع وطبعه على أي وثيقة كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وإن كانت الطابعة ونوع الورق من الصنف الجيد، فإن النتيجة هي أن التوقيع المحصل عليه، يطابق تماما التوقيع الأصلي.
- التوقيع الرقمي : يقصد بالتوقيع الرقمي كل بيان أو معلومة يتصل بمنظومة بيانات أخرى، أو صياغة منظومة في صورة شفرة (كود)، والذي يسمح للمرسل إليه إثبات مصدرها، والاستيثاق من سلامة مضمونها وتأمينها ضد أي تعديل أو تحريف، ويتخذ هذا النوع من التوقيع شكل مجموعة من الرموز المشفرة لا يمكن إظهارها إلا باستخدام مفتاح معين، أنظر في أشكال التوقيع الإلكتروني :
- العربي جنان : التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية ، مطبعة دار السلام، الرباط، 2008 ص37
- محمد محروك : خصوصيات التوقيع الإلكتروني، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر المغاربي الأول للمعلوماتية والقانون، م، س، ص 9
- محمد حسين منصور : الإثبات التقليدي والإلكتروني ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ، ص 279-280

(1)- يلاحظ من خلال الإطلاع على القانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية رقم 53.05 أن المشرع المغربي لم يعرف التوقيع الإلكتروني وإنما أشار إلى وجود نوعين من التوقيع الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني البسيط أو العادي، والتوقيع الإلكتروني المؤمن، هذا الأخير عرفه في الفقرة الثانية من الفصل 3-417 من قانون الإلتزامات والعقود بقوله "يعتبر التوقيع الإلكتروني مؤمنا إذا تم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وتمامية الوثيقة القانونية مضمونة، وفق النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال".

(2)- وقد عرف المشرع الأردني التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية على أنه "...البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل الكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من اجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه..."، وأشار كنظيره المغربي إلى نوعي التوقيع، العادي والموثق، حيث جاء في الفصل 31 من نفس القانون أنه "..فيعتبر التوقيع الالكتروني موثقا إذا اتصف بما يلي:أ- تميز بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة. ب- كان كافيا للتعريف بشخص صاحبه. ج- تم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته. د- ارتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغيير في التوقيع".

(3)- وقد نص المشرع المغربي على هذه الشروط في الفصل 2-417 - الذي جاء فيه " يتيح التوقيع الضروري لإتمام وثيقة قانونية التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة..... عندما يكون التوقيع إلكترونيا ، يتعين استعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن ارتباطه بالوثيقة المتصلة به.."، أما المشرع الأردني فقد نص على هذه الشروط ضمن تعريفه للتوقيع الإلكتروني الذي سبق ذكره، وبالإضافة إلى ذلك فقد نصت المادة 10 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه " ....ب- يتم إثبات صحة التوقيع الالكتروني ونسبته إلى صاحبه إذا توافرت طريقة لتحديد هويته والدلالة على موافقته على المعلومات الواردة في السجل الالكتروني الذي يحمل توقيعه إذا كانت تلك الطريقة مما يعول عليها لهذه الغاية في ضوء الظروف المتعلقة بالمعاملة بما في ذلك اتفاق الأطراف على استخدام تلك الطريقة "

الارتباط منطقيا، بحيث يكون من الضروري استخدام التوقيع الإلكتروني لاستخراج المحرر أو لإجراء العملية التي يتم استخدام التوقيع الإلكتروني لإجرائها، ففي نطاق عمليات التحويل البنكي الإلكتروني لا يستطيع العميل أن يجري أي عملية حتى ولو كان يرغب بالإطلاع على الحساب فقط إلا باستخدام بطاقته ورموزه السرية، وباستخدامه للتوقيع الإلكتروني يتم استخراج المحررات الإلكترونية، وبالتالي يكون التوقيع مرتبطا بالمحرر منطقيا.

أما من حيث مدى قيام التوقيع الإلكتروني بوظيفة تحديد هوية الشخص الموقع، فإذا ما تفحصنا هذا التوقيع الذي يتم باستخدام وسائل التحويل البنكي الإلكتروني نجد أنه يقوم بنفس الدور الذي يقوم به التوقيع التقليدي في هذا الإطار(1)، في شكل رموز أو أرقام أو حروف أو أي إشارات تدل على شخصية الموقع وتميزه عن غيره، فالرقم السري الخاص بالعميل وسيلة مأمونة لتحديد هوية الشخص الموقع إذ يمكن بعد إتباع الإجراءات المتفق عليها، تأكد الحاسب أن من قام بها هو الشخص صاحب الحق في ذلك، نتيجة لكون هذا الرقم يقع تحت سيطرة العميل وحده دون غيره، تحفظ في حوزة صاحبها، وليس له أن يطلع غيره عليه وإلا انعقدت مسؤوليته تجاه البنك(2).

---

(1)- أنظر في نفس هذا الإتجاه :

- عبد الهادي شايب عينو: بعض المشاكل الناجمة عن إستعمال المعلوماتية في البنوك، م، س، ص 105
- محمد صابر: التوقيع، م، س، ص113
- حاجي صليحة: الوفاء الرقمي عبر الانترنت المظاهر القانونية ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادي والاجتماعية، جامعة محمد الأول ، وجدة،2004 -2005ص184
- Robert (H): la preuve dans les télécommunications, sous la direction du maitre bréban .DESS droit du numérique et des nouvelles techniques, 2000, P17

(2)- وهناك من يعترض على مصداقية التوقيع الإلكتروني بواسطة أداوت التحويل في الكشف هوية صاحبه وذلك بسبب إحتمال ضياعه أو سرقته من صاحبه والواقع أن هذا السبب لا يكفي وحده لإستبعاده، فكما أن الرقم السري يمكن ضياعه أو سرقته فإن التوقيع التقليدي يمكن تزويره وتقليده، وصعوبة تطابق شكله حيث يستحيل على الشخص تكرار توقيعه نفسه بشكل مطلق، إذ يظهر الفرق دائما ولو في توقيعين إثنين فإن الرقم السري لا يختلف ولو تكرر وضعه آلاف المرات، وسرية الرقم تكفي للدلالة على صدور الرقم عن- صاحبه والذي يكون ملتزم حسب الإتفاق المبرم بينه وبين البنك بالحفاظ على سرية الرقم والإبلاغ الفوري في حالة ضياعه أو سرقته، أنظر في ذلك :

- محمد المرسي زهرة: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارة م، س، ص818
- محمد المرابط: مؤسسة التوقيع في الأوراق التجارية م، س، ص169
- كيلاني عبد الرضى محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص182

أما عن مستوى الأمان الذي يحققه هذا النوع من التوقيع، فإن المسارات الممغنطة والدوائر الإلكترونية الموجودة على أدوات التحويل ذاتها لا يمكن تقليدها، ولكن حتى على فرض إمكانية هذا التقليد فإن الحصول على أداة التحويل وحدها لن تفيد شيئا بدون الرقم السري، فالتلاعب يقتضي الحصول على أداة التحويل والرقم معا والحصول على أحدهما لا يغني عن الأخر، ويكفي كضمان لدرء هذا التلاعب أن الرقم السري لا يسجل بوضوح على المسارات الممغنطة والدوائر الإلكترونية و إنما بطريقة خفية يستحيل معه التوصل إلى سريته ومن ثم فإن أداة التحويل المقلدة يستحيل إستخدامها إلا بالحصول على الرقم السري من صاحبها، إما إراديا أي بالتواطؤ معه أو بالغش، أنظر :

أما بخصوص مدى قيام التوقيع الإلكتروني بواسطة أدوات التحويل بوظيفة التأكد من رضا صاحب التوقيع وقبوله الالتزام بمضمون التصرف القانوني وإقراره به، فإن استخدام أرقام سرية أو رموز محددة تحفظ في حوزة صاحبها ولا يعلمها غيره، إنما يدل على موافقته على البيانات والمعلومات التي وقع عليها وأنه يرغب الالتزام بها[1]، وهذا ما يلاحظ عمليا حين يتم استخدام إحدى أدوات التحويل البنكي الإلكتروني ثم إدخال الرقم السري الذي يحتفظ به العميل شخصيا على وجه الانفراد، ثم يلي ذلك إعطاء موافقته الصريحة على إجراء العملية والمبينة أمامه على شاشة الجهاز[2].

ففي هذه العملية نجد أن العميل قد عبر عن إرادته الصريحة بمجرد توقيعه الإلكتروني المترجم في شكل أرقام أو رموز أو شفرة معينة استعملها حين تعامل مع جهاز الحاسب، ثم أنه أعطى أمره للجهاز بإجراء العملية التي يريدها شخصيا، فإن ذلك في مجمله يعد رضا منه وقبوله بمضمون المحرر الإلكتروني[3].

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن العنصر الإرادي يعد جوهر التوقيع أو ما يطلق عليه نية التوقيع، وهي إرادة الاستحواذ على مضمون المستند الموقع عليه وهذه النية يجب التعبير عنها بطريقة مؤكدة من وجهة النظر القانونية كما يجب أن يكون من الممكن

- عمر أنجوم: الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديثة م، س، ص156
- محمد المرسى زهرة: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارة، م، س، ص819

لكن هناك كذلك من يعترض على التوقيع الإلكتروني على إعتبار أن الرقم السري لا يصدر عن الشخص صاحب أداة التحويل بل عن الحاسب الإلكتروني ذاته، على عكس التوقيع التقليدي الذي يعتبر إمتدادا لشخصية الموقع نفسه، وأن الرقم السري لا يصدر عمن يحتج به في مواجهته (العميل) وإنما عن جهاز يخضع تماما لإستعماله لإرادة البنك، والواقع أن الرقم السري لا يصدر عن الحاسب الآلي وإنما فقط عن طريق ومن خلال الحاسب طبقا لإجراءات وخطوات يتفق عليها بين الطرفين مقدما، ولا يعلم بالرقم السري سوى العميل وحده ويخضع جهاز السحب الآلي من هذه الناحية لأوامر وتعليمات العميل ولا يمثل هنا سوى أداة في يده لإنجاز المعاملات التي يريدها، ودور الحاسب الآلي يقترب هنا إلى حد كبير من دور القلم أو الختم أو إبهام اليد في التوقيع التقليدي وكما أنه لا يمكن القول بصدور التوقيع عن القلم فلا يمكننا القول أيضا وبنفس القدر بصدور التوقيع الإلكتروني عن الحاسب الآلي، أنظر في ذلك :

- عمر أنجوم: الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديثة، م، س، ص156
- محمد المرسى زهرة: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارة، م، س، ص819

(1)- أنظر في هذا التوجه كذلك :
- نجوى أبو هيبة : التوقيع الإلكتروني ،تعريفه وحجيته في الإثبات.م.س. ص447
- الصالحين محمد العيش : دور الدليل الإلكتروني في إثبات المعاملات المصرفية ، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي السنوي للمعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية) ، م، س، ص.686

(2)- محمد المرسي زهرة: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م، س، ص817.

(3)- أنظر في ذلك :
- نجوى أبو هيبة : التوقيع الإلكتروني ، تعريفه وحجيته في الإثبات ، م، س، ص447
- Piette Coudol (Th): La signature électronique, ed Dalloz, Paris 2001 P.8.

فحصها، ولهذا يرى بعض الفقه[1] أن تركيب الرقم السري لأداة التحويل والضغط على مفتاح التصديق على العملية يشكلان العنصر المادي لعملية التحويل الإلكتروني، ويجد هذا العنصر المادي مصدره في إرادة العميل في إصدار موافقته على العملية، فإذا كانت الإرادة تسبق التصرف فإن التوقيع يتمم ويكمل موافقة الإرادة، ولهذا فإن النية أو القصد لا تثير صعوبات بالنظر إلى كون التوقيع بتركيب الرقم السري ما هو إلا تجسيد لها[2].

ولا بد من الإشارة إلى أن عقود تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني عادة ما تتضمن شروطا تقضي بكون تعبير العميل عن إرادته بإجراء العملية يكون باستخدام التوقيع الإلكتروني[3]، وأن هذا التوقيع يعتبر الوسيلة التي يتعرف بها البنك على عميله، وأن أي استخدام له يعد وكأنه قد صدر عن العميل نفسه، ولا شك أن مثل هذه الإتفاقات تعتبر صحيحة ضمن الحدود التي يقررها القانون نظرا لكونها تتعلق بقواعد الإثبات الموضوعية لا الشكلية، وبالتالي فإن التوقيع الإلكتروني في نطاق عمليات التحويل يقوم

---

(1)- أنظر في هذا الإتجاه :

- عبد الهادي شايب عينو: بعض المشاكل الناجمة عن إستعمال المعلوماتية في البنوك، م، س، ص105

(2)- وبالتالي فإنه يمكن القول أن التوقيع الإلكتروني في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني لا يكون تاما إلا بأربع خطوات :

الأولى: تقديم أداة التحويل سواء كانت بطاقة سحب نقود أو وفاء أو إدخال رقم البطاقة أو المعرف الشخصي.

الثاني: الإستعمال الصحيح لبرامج الآلة طبقا للتعليمات الواردة على الشاشة لبيان هذه الآلات أو المقرأة المعدة لذلك.

الثالث: تركيب الرقم السري سواء كان الرقم لسري للبطاقة أو الرقم السري الذي لا يتكرر

الرابعة : الموافقة على العملية من خلال الضغط على المفاتيح المخصصة لذلك.

(3)- فقبل صدور تلك القوانين ثار خلاف حول مدى إعتبار إستخدام البطاقات البنكية بمثابة توقيع إلكتروني فذهب بعض الفقه إلى أنه لا يمكن إعتبار الرمز أو الرقم السري بمثابة توقيع، ولا يعدو أن يكون مجرد أرقام لا تكفي في حد ذاتها لإستعمالها كوسيلة للتعريف، أن هذا النوع من التوقيع لا يصلح لإعداد الدليل الكتابي المهيأ للإثبات، والسبب في ذلك أن هذا التوقيع لا يتم إلحاقه بأي محرر كتابي وإنما يتم تسجيله في وثائق البنك منفصلا عن أي وثيقة تعاقدية، وفي نفس الإتجاه أشار بعض الفقه إلى أن استعمال الرقم السري للبطاقة البنكية لا يعتبر تطبيقا للتوقيع الإلكتروني وذلك لأن هذه البطاقة لا تعد مستندا إلكترونيا، وعلى خلاف ذلك رأى بعض الفقه أن التوقيع بتركيب الرقم السري (سري وشخصي) فحامل البطاقة البنكية هو الوحيد الذي يعلم هذا الرقم ولا يجب عليه إفشاؤه،وإلا انعقدت مسؤوليته التعاقدية في مواجهة المصدر، وطبقا لهذه الشروط فإن هذا التوقيع يؤدي وظيفة تحقق شخصية الحامل الذي يستخدمه طبقا للعقد المبرم بينه وبين المصدر منظما العلاقات القانونية بينهما وتملك المؤسسة المصدرة كل المعلومات المتعلقة بشخصية الحامل والمدونة في العقد وكذلك على البطاقة، أنظر في هذه الإتجاهات :

- حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، م.س.ص37.

-Vesseur (M); Aspects Juridiques des nouveaux moyens de paiement R.Banque n°5 1982 .P.588.

أما على مستوى القضاء فقد ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى أن إستخدام البطاقة لا يعد من قبيل التوقيع الإلكتروني حيث شككت في دقة الرقم السري، بينما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها أن التوقيع الإلكتروني الذي يتم عبر البطاقة البنكية صحيحا لأنه يتكون من عنصرين: رقم سري لا يعلمه سوى الموقع والبطاقة البنكية نفسها، التي لا توجد إلا بحوزته وبالتالي يتحقق فيه عناصر التوقيع اللازمة للاعتراف بمضمون أي إلتزام قانوني، أنظر في مختلف التوجهات القضائية في هذا الإطار :

- محمد المرسى زهرة: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارة م، س، ص819

- عمر أنجوم: الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديثة، م، س، ص 156.

بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع العادي من التعرف على شخصية الموقع، والتعبير عن إرادته.

وعلى أي حال فإن حجية التوقيع الإلكتروني الناتج عن استخدام أدوات التحويل أصبح في الوقت الحالي لا جدال فيه بعد صدور النصوص القانونية المنظمة له، لكن يظل السؤال مطروحا حول الوسائل التي يمكن للعميل الاعتماد عليها في الإثبات عند نشوب نزاع مع البنك حول إحدى عمليات التحويل الإلكتروني ؟

المبحث الثاني

وسائل إثبات عمليات التحويل البنكي الإلكتروني

لا شك أن من حق العميل أن يتمسك بأي دليل لإثبات حقه في ظل ما خوله له القانون، ففي المواد المدنية حدد المشرع أدلة الإثبات المقبولة أمام القضاء، أما في المواد التجارية فإن المبدأ هو حرية الإثبات، فيكون للأشخاص التمسك بأي دليل تحت أيديهم لإثبات الوقائع المنشأة للحق[1]، لكن في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني فإنه بالنظر لطبيعة تلك العمليات والاتفاقات التي يتم إبرامها بين البنوك وعملائها فإن المجال الذي تتحدد به وسائل الإثبات التي يمكن للعميل التمسك بها من الناحية العملية ينحصر في نطاق ضيق يتحدد في البيانات التي يتم نقلها وتحريرها بشكل إلكتروني (المطلب الأول).

وبالإضافة إلى ذلك فإن الطبيعة التقنية المعقدة لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني والتي تستدعي أن يكون الشخص متخصصا من الناحية الفنية حتى يستطيع فهم كيفية عمل الأجهزة التي يعتمد عليها البنك لإجراء تلك العمليات، فيكون من اللازم في الكثير من الأحيان اللجوء للخبرة الفنية سواء بطلب من العميل نفسه أو من طرف القاضي (المطلب الثاني).

(1)-الإثبات لا ينصب على الحق في ذاته، إنما يرد على مصدره، فمحل الإثبات ليس هو الحق المدعى به، بل هو المصدر القانوني الذي ينشئ الحق، ويقصد بالمصدر القانوني هنا المصدر بالمعنى العام الذي ينصرف إلى كل واقعة مادية أو كل تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً فالواقعة المادية التي يترتب على إثباتها نشأة الالتزام في ذمة المدين، كإثبات وقوع الفعل الضار، يترتب عليه نشأة الالتزام بالتعويض في ذمة المسئول، والتصرف القانوني يترتب على إثبات قيامه وصحته التزام كل طرف بما وجب في ذمته، كالعقد، مثلاً، يرتب التزامات على عاتق طرفيه أو على أحدهما، وإثباته، باعتباره مصدر لهذه الالتزامات، يؤدى إلى إلزام المدين بالوفاء بالتزامه، أما الإثبات في المجالات الأخرى فإنه يرد على الواقعة ذاتها، أي على الأمر ذاته المطلوب الكشف عنه، وإن كان لا يغض الطرف كلية عن مصدره لأنه يعد من قبيل معطيات هذا الكشف، إلا أن الباحث يركز جهوده على إثبات الحقيقة التي يبحث عنها، أنظر في ذلك :

- توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات، م، س، ص 4
- جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية، م، س، ص 3-4

المطلب الأول

حجية البيانات المنقولة والمحررة إلكترونيا في الإثبات

تبين مما تقدم بحثه أن استخدام تقنيات المعلومات والاتصال في إنجاز المعاملات يثير العديد من المسائل على صعيد القانون منها ما يرتبط بتحديد مدى حجية البيانات المنقولة إلكترونيا والمخزنة عل دعامات إلكترونية وتلك المستخرجة على دعامات ورقية في الإثبات (الفقرة الثانية)، والحقيقة أنه نظرا لأن بحثنا هذا يتناول مسؤولية البنك فإن تحديد حجية هذه المسائل ستكون بالنظر لكون الشخص الذي يتمسك بها هو العميل، الأمر الذي يقتضي بداية تحديد الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات في النزاعات التي تقوم نتيجة إحدى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: عبء الإثبات في النزاعات المتعلقة بعمليات التحويل الإلكتروني

لتحديد الطرف الذي يقع على عاتقه عبء الإثبات أهمية كبرى من الناحية العملية، لأن إلقاء هذا العبء على عاتق أحد طرفي العلاقة يتوقف عليه سير الدعوى القائمة بينهما ونتيجتها، فالقاضي – طبقاً لمبدأ الحيادية –[1] لا يستطيع أن يقضي بأحقية المتقاضي في ادعائه الذي لم يقم عليه الدليل، وتحميل أحد الطرفين عبء الإثبات يترتب عليه أن يجعل مركزه في مرتبة أدنى من مركز الآخر، لأنه يكلف بأمر إيجابي تتوقف عليه نتيجة الدعوى، في الوقت الذي يقف فيه الطرف الآخر موقفاً سلبياً، لهذا فإن معرفة الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات في نطاق عمليات التحويل البنكي الإلكتروني من الأهمية بمكان لأنه إذا عجز عن تقديم الدليل خسر دعواه[2].

---

(1)- يقصد بمبدأ الحيادية أن دور القاضي فيما يتعلق بالإثبات في المواد المدنية هو دور حيادي، وسلطته هي تقييم ما يقدمه الخصوم من أدلة إثبات للوقائع أو التصرفات التي يستندون إليها لتكوين قناعته في الدعوى، ولا يقصد بحياد القاضي عدم تحيزه لأحد الخصوم ضد الخصم الآخر، فهذا أمر بديهي تقتضيه وظيفة القضاء في ذاتها، لأن الجنوح لمثل ذلك يخل بواجبات هذه الوظيفة ويحدث شرخ في جدار العدالة، ولكن المقصود بالحياد هنا هو أن دور القاضي يقتصر على تلقى أدلة الإثبات من الخصوم، ثم يقوم بتقديرها في حدود القيمة التي يعطيها القانون لكل دليل، وعندئذ فليس للقاضي أن يساهم في جمع الاستدلالات، وليس له الاستناد إلى دليل لم يتقدم به الخصوم حتى ولو كان قد تحراه بنفسه، ويترتب على مبدأ حياد القاضي، عدم الحكم في الدعوى إلا بناء على الأدلة التي قدمها الخصوم بالطرق التي رسمها القانون، وعدم جواز أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي، وكذلك وجوب تسبيب الحكم الصادر في الدعوى، ببيان الأسس التي بني عليها الحكم، أنظر في شرح وتحليل ذلك :

- جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية، م، س، ص 20
- عبد الحميد عثمان ومحمد سعد خليفة : م، س، ص 22 وما بعد

(2)- أنظر في ذلك :

- سليمان مرقس : أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، م، س، ص 85
- جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية ص 23
- عبد الحميد عثمان ومحمد خليفة : أحكام قانون الإثبات، م، س، ص 28 وما بعد

والقاعدة العامة في تحديد عبء الإثبات تفيد أن البينة على المدعى، ولا يقصد بالمدعي هنا من باشر الدعوى ابتداء، إنما يقصد به كل شخص يدعي على خصمه بأمر أو يدفع دعوى خصمه بدفع[1]، وفي نطاق بحثنا هذا عادة ما يكون العميل هو المدعي في أغلب الأحوال بوجود صعوبات في عمليات التحويل البنكي الإلكتروني أو الذي ينازع في أحد القيود الواردة في حسابه تجاه البنك، وبالتالي فإنه يقع على العميل إثبات ما يدعيه.

لكن تطبيق هذا المبدأ يثير صعوبات عملية عدة، أهمها شبه استحالة حصول العميل على دليل مادي لإثبات العملية محل النزاع، فهذا الدليل بين يدي البنك أو بمعنى أدق داخل ذاكرة الحاسب الآلي الذي يديره البنك، وهنا تبدو صعوبة الموقف بالنسبة للعميل[2]،

---

(1)- والمدعي طبقا لقواعد الإثبات هو من يدعي خلاف الظاهر أصلا أو عرضاً أو فرضاً، فالأصل براءة الذمة، فإذا ادعى شخص أنه دائن لآخر وجب عليه أن يقيم الدليل على دعواه، لأنه يدعي أمراً يخالف الثابت أصلا، فعلى المدعي أن يثبت المصدر المنشئ لحقه، في ذمة المدعى عليه، سواء أكان تصرفاً قانونياً أم كانت واقعة يرتب عليها أثراً معيناً (فعل ضار أو فعل نافع..)، أما المقصود بإثبات خلاف الظاهر عرضا فإنه إذا ما قام الشخص بإثبات الواقعة المنشئة لحقه في ذمة المدعي عليه، فإن هذا الإثبات ينتفي به الظاهر أصلاً وهو براءة الذمة، بأن تصبح مشغولة بالدين الذي أثبته الدائن وهو الوضع الثابت عرضاً، ويتضح بذلك أن الثابت عرضا يقصد به إقامة الدليل بالطرق القانونية على عكس الثابت أصلاً، أما بخصوص المقصود بإثبات خلاف الظاهر فرضا فيكون في الحالات التي يصعب على المدعى فيها إقامة الدليل على ما يخالف الظاهر أصلا أو عرضا، على نحو يؤدي إلى فقدان حقه ما لم يقدم له المساعدة التي تيسر إثبات الأمر الذي يدعيه، لذلك أقام المشرع لصالحه قرينة قانونية على ثبوت هذا الأمر استنباطاً من إثبات أمور أخرى، فالقرينة القانونية هي وسيلة يلجأ إليها المشرع للإثبات فرضاً، أمر يصعب إثباته عرضاً، عن طريق الاستنباط من توفر ظروف معينة أقام المدعى الدليل على توافرها، أنظر في ذلك :

- سليمان مرقس : أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، م، س، ص 85
- توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات، م، س، ص25
- عبد الحميد عثمان ومحمد خليفة : أحكام قانون الإثبات، م، س، ص 28 وما بعد

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية " التزام المدعي بأي إدعاء بإقامة الدليل علي ما يدعيه سواء كان المدعي أصلا في الدعوي أو المدعي عليه فيها. لأن الأصل هو بقاء الشيء علي حاله ومن يدعي خلاف الأصل يلتزم بإثبات ادعاءه".

- أشار إليه أنور طلبه : طرق وأدلة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، دار الفكر العربي،القاهرة،1994،ص 23.

(2)- وما يزيد من صعوبة هذا الموقف أن البنوك عادة ما تقوم بإدراج العقود التي تقوم بإبرامها مع عملائها شروطا بمقتضاها تحمل الزبون عبء إثبات ما يدعيه (على سبيل المثال أنظر نص المادة 5 من الشروط العامة لعقد بطاقة البنك الشعبي بالمغرب،ونص المادة 2/9 من الشروط العامة لعقد بطاقة انتر بنك فيزا المغرب ونص المادة 19 من الشروط العامة لبطاقة فيزا بنك القاهرة عمان)، والحقيقة أن قاعدة توزيع عبء الإثبات بين المدعي والمدعى عليه تضع أصلا من الأصول التي ينضبط بها التقاضي، والتي تحدد دور القاضي إلا أنها لا تعد من النظام العام، لأنه يغلب عليها ما تؤدي إليه من تحديد مراكز المتقاضين أنفسهم في كل قضية من حيث حق كل منهم وواجبه في إثبات الدعوى أو نفيها، أي أن وظيفتها في تحديد حقوق المتقاضين الخاصة تغلب أثرها في تنظيم التقاضي وضبطه، فيجوز الإتفاق على مخالفتها، بجواز النزول عن الحقوق الخاصة سواء تم هذا التعديل الإتفاقي لقواعد الإثبات قبل حدوث النزاع أو أثنائه، أنظر في ذلك :

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإثبات، م، س، ص117
- أنور طلبة : طرق وأدلة الإثبات، م، س، ص59
- أحمد نشأت: رسالة الإثبات م، س، ص88

ووضعية العميل هذه دفعت ببعض الفقه[1] إلى إنتقاد تطبيق قاعدة البينة على المدعي بشكل مطلق في نطاق عمليات التحويل البنكي الإلكتروني وخصوصا في الحالات التي تكون فيها الواقعة المراد إثباتها سلبية كالحالة التي ينازع فيها العميل بأحد القيود الناشئة باستخدام أداة التحويل المفقودة أو المسروقة، أو الحالة التي ينتج فيها القيد عن خلل وقع في أحد أجهزة البنك.

ففي هذه الحالات يكون العميل ملزما بإثبات عدم قيامه بإجراء عملية التحويل المنازع فيها وهذه الواقعة القانونية واقعة سلبية، وقد لا يكون من المستحيل إثبات هذه الواقعة نظرا لأنها قد تكون ناتجة من إثبات واقعة أخرى إيجابية مقابلة لها كإثبات العميل لعدم وجوده في المكان الذي تمت العملية منه في ذالك الوقت، لكن الصعوبة تنشأ في حالة عدم وجود هذه الواقعة المقابلة أو عدم كمالها، وبالتالي يمكن القول والحالة هذه أن إثبات الواقعة السلبية يكون أمرا مستحيلا.

لهذا نادى بعض الفقه[2] بضرورة قلب عبء الإثبات ليصبح على عاتق البنك بوصفه الحائز لأجهزة الحاسب الآلي التي تتم عمليات التحويل من خلالها، وعليه إثبات أنه يستخدم نظاما معلوماتيا جديرا بالثقة، وأن العملية التي قام بها الطرف الآخر تم تسجيلها بدقة، وأن أي من أجهزته لم يتعرض للعطل أو الاختلال، وتفضيل قلب عبء الإثبات يجد سنده في عدم استطاعة الزبون التلاعب في أدلة الإثبات لأنه لن يستطيع الدخول إليها، ومن المفضل إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يستطيع الدخول واستعمال الآلات التي تتضمن أدلة الإثبات، وهو البنك في حالتنا هذه.

وقد ساير القضاء الفرنسي في بعض الأحكام الصادرة عنه هذا الاتجاه عندما قام بتحميل البنك عبء إثبات عدم تعرض أجهزته لأي خلل أو عيب نتج عنه وقوع ضرر لعميل، فقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف باريس[3] " حيث إن

---

(1)- أنظر في ذلك :
- كيلاني عبد الرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص191
- Croze (R); informatique, preuve et securite, Op.Cit, p170
- Huet (J); Aspects juridiques du télépaiement J.C.P ed G.1991 p697

(2)- أنظر في ذلك :
- ثروت عبد الحميد: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية في الإثبات، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الأول، م، س، ص 410
- إبراهيم دسوقي أبو الليل: توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهات التوثيق تجاه الغير المتضرر، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الخامس، م، س، ص1895
- عطا عبد العاطي السنباطي: الإثبات في العقود الإلكترونية، م، س، ص468
- Feget (J.P): les nouveaux moyens de paiement, Op.Cit, p86
- Ammar (D): Preuve et vraisemblance contrôlabilité a l'étude de la preuve technologique R.T.D.civ 1993.P.520

(3)- أنظر في هذا القرار :

البنك لم يقدم الدليل على أي إهمال أو عدم يقظة منسوبة للعميل، ولا يمكن أن يستنتج هذا الدليل من مجرد استطاعة السارق تشغيل الموزع الآلي وسحب للنقود، فليس مستبعدا أنه ما وقع كان نتيجة لقصور في نظام الأمان المستخدم في الموزع".

وفي ظل ذلك قامت بعض التشريعات الحديثة ومن بينها التشريع الفرنسي بالخروج عن القواعد العامة في الإثبات والتي مفادها أن من يدعي شيئا يجب عليه إثباته، وقررت أنه بمجرد إدعاء العميل بوجود قيد غير مشروع على حسابه يحمل البنك عبء إثبات أن هذا القيد صحيح لم يقع نتيجة لخطأ في أجهزة البنك أو لغيره من الأسباب[1]، حيث يتحمل البنك عبء الإثبات هذا نظرا لكونه الشخص الحائز للأجهزة التي يتم من خلالها إجراء عمليات التحويل، بالإضافة إلى تفوقه من الناحية التقنية وامتلاكه من الوسائل ما يتيح له توفير أدلة الإثبات المختلفة، وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه التشريع التونسي الخاص بالتحويل الإلكتروني للأموال عندما قضى بقلب عبء الإثبات، وجعله على عاتق البنك بالنظر للاعتبارات السابق ذكرها[2]،

وبخصوص التشريع المغربي فإن القواعد العامة للإثبات هي التي يتم تطبيقها نظرا لعدم قيامه بتنظيم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني وبالتالي تكفل العميل بإثبات ما يدعيه، وهو ما يستحيل عليه القيام به، لهذا فإنه يجب على القضاء المغربي أن يقوم بدوره في حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بجعل عبء الإثبات على البنك.

أما فيما يتعلق بموقف التشريع الأردني نجد أن البنك المركزي قام بالفعل بقلب عبء الإثبات ليصبح على عاتق البنك من خلال المادة 7 من تلك العمليات[3] إلا أن ما يلاحظ بخصوص هذه المادة أنها تتساهل بشكل كبير مع البنك من خلال إعطاءه إمكانية التخلص من المسؤولية بمجرد إثبات أن العملية تمت بواسطة أداة التحويل الخاصة بالعميل، الأمر الذي يسهل على البنك إثباته وبالتالي قلب عبء الإثبات مرة أخرى ليصبح على العميل الذي يجب عليه إثبات أن العملية المسجلة في حسابه غير مشروعة.

- Cour d'appel de Paris 1 Dec.1980 Rev.Banque 1980 P.234.

أشار إليه كيلاني عبد الرضى محمود : النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص194.

(1)- وذلك في المادة (L133-23) من قانون النقد والمالية التي جاء فيها :

" Lorsqu'un utilisateur de services de paiement nie avoir autorisé une opération de paiement qui a été exécutée, ou affirme que l'opération de paiement n'a pas été exécutée correctement, il incombe à son prestataire de services de paiement de prouver que l'opération en question a été authentifiée, dûment enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre ".

(2)- وذلك في المادة 14 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التي جاء فيها " في حالة وجود نزاع بين المنتفع والمصدر حول عملية أو عمليات تحويل إلكتروني للأموال فإن إثبات صحة العملية وشرعيتها محمول على المصدر..."

(3)- وذلك في فقرتها الثانية التي جاء فيها " إذا ادعى العميل أن القيد غير مشروع، فإن على البنك القيام بتزويد العميل، بناء على طلبه، بالبيانات التي توضح بأن القيد قد حدث باستخدام البطاقة أو الرقم السري الخاصين بالعميل وليس باستخدام بطاقة أخرى أو رقم سري آخر".

وعلى أي حال فإن قلب عبء الإثبات لجعله على البنك يؤدي إلى ترجيح كفة العميل الذي لا يكون ملزما بإثبات أمور يستحيل عليه إثباتها نظرا لطبيعة العمليات التي يقوم بإجرائها من خلال أدوات التحويل البنكي الإلكتروني، لكن في المقابل فإن البنك يستطيع التمسك بما يتوفر عليه من أدلة مستخرجة من أجهزة الحاسب التي يسيطر عليها ويديرها لنفي إدعاء العميل بكافة وسائل الإثبات(1)، ومع ذلك يطرح التساؤل حول مدى إعتبار الأدلة التي يستخلصها البنك من الحاسب الآلي من صنعه، وبالتالي التعارض مع مبدأ عدم جواز اعتماد الشخص على دليل ينشئه بنفسه؟

بداية نشير إلى أن حق الشخص في التمسك بأي دليل يخوله له القانون يفيد بأن لا يكون هذا الدليل صادرا عنه هو نفسه، فالأصل أن من يقع عليه عبء الإثبات لا يجوز له أن يصنع لنفسه دليلا ضد خصمه وأفضل الأدلة هي التي تكون صادرة عن الخصم نفسه(2)، والقول بغير ذلك يعني التسليم بكل قول أو ادعاء يصدر عن المدعي، بدون إقامة الدليل عليه والتثبت من صحته، لكن ما تجدر الإشارة إليه إلى أن هذا المبدأ لا يعني حتما وجوب صدور الدليل من الخصم حتى يعتد به في الإثبات، فإذا كان صدوره عنه ما لم ينكره يعد ضمانا أكيدا لصدقه ودلالته على الحقيقة، فإن تدخل شخص من الغير يعد أيضا وربما بدرجة أكبر ضمانا لصحة الدليل، كما هو شأن الأوراق الرسمية(3).

وبخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني فالحاسب الذي يستقي منه البنك الدليل يخضع تماما لإرادته، فالبرنامج التي تنفذ العمليات من خلال الحاسب قد وضعت من طرف البنك ولصالحه، وبالتالي فهي تخضع لإشرافه وتوجيهاته، وإذا كان الحاسب يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات التي يخزنها البنك، فإن هذه التعليمات يمكن التحكم بها من قبل المبرمج وبالطريقة التي يريدها، لهذا قد يقال أن المعلومات الناتجة عن الحاسب هي من

---

(1)- أنظر ما سبق تناوله في المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفرع.

(2)- ونشير في هذا السياق إلى أن المشرع في المغرب والأردن لم ينصا على هذا المبدأ نظرا لبداهته إذ يمكن إستنتاجه من قواعد العدالة وروح القوانين ومن قواعد الإثبات ذاتها فضلا عن أن القواعد العامة للقانون تؤكده، وعلى الرغم من ذلك فإن بعض القوانين المقارنة قامت بالنص صراحة على هذا المبدأ كمجلة الإلتزامات والعقود التونسية التي جاء في المادة 548 " ما يصدر من شخص لا يكون حجة له"، أنظر في شرح وتحليل هذا المبدأ :

- توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات، م، س، ص 23
- عبد الحميد عثمان ومحمد خليفة : أحكام قانون الإثبات، م، س، ص 26 وما بعد

(3)- فقد نص الفصل 418 من قانون الإلتزامات والعقود على أنه " الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون. وتكون رسمية أيضا : الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم ؛ الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية و الأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها."، والتي تقابلها المادة 6 من قانون البينات الأردني التي تنص على أنه " 1- السندات الرسمية:أ- السندات التي ينظمها الموظفون الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقا للأوضاع القانونية ويحكم بها دون أن يكلف مبرزها إثبات ما نص عليه فيها ويعمل بها ما لم يثبت تزويرها..."، ويتضح من خلال هذه النصوص أن الورقة الرسمية والتي لا تعتبر صادرة من طرف الخصم، يمثل وجود الغير فيها ضمانا كافيا عن صدق ما تتضمنه الورقة من بيانات.

صنع مستعمله-أي البنك- فهي إذن صادرة عنه ومن ثم لا يجوز له قانونا الاحتجاج بها كدليل إثبات.

كما أنه من غير الممكن اعتبار الحاسب من الغير بالنسبة للبنك، لأن اعتباره كذلك سيؤدي إلى القول بأن الدليل الذي يعتمد عليه البنك لم يصنعه بنفسه، والقول باستقلالية الحاسب عن البنك سيؤدي بالضرورة إلى عدم مساءلة هذا الأخير في حالات الغش والخطأ وهي نتيجة يستحيل التسليم بها قانونا[1]، لهذا فإن ما يصدر عن الحاسب الإلكتروني يفترض صدوره عن البنك، ومن ثم وجد البعض[2] أنه ليس للبنك أن يتمسك بمخرجات الحاسب الآلي، لأنه يخضع لإرادته في الإثبات فهو في الواقع الذي صنع الأدلة المستخرجة من الحاسب بنفسه ولنفسه.

ويترتب عن هذا التفسير التصريح بإمكانية قيام البنك بالتلاعب في أجهزة الحاسب الآلي التي يسيطر عليها، فالحاسب الإلكتروني يخضع في برمجته لصالح من يستغله وقد يدفع ذلك إلى الاعتقاد بأن من يستعمل الحاسب يستطيع أن يتلاعب في المعلومات المسجلة على الحاسب بما يحقق مصلحته هو دون مصالح عملائه[3].

---

(1)- أنظر في ذلك :

- Vasseur (M): Le paiement électronique aspects Juridiques, Op.Cit, p18

(2)- وقد أخذت محكمة sept بفرنسا بهذا التفسير في حكم لها جاء فيه " إن هذا الدليل المستدل به غير موقع من طرف المراد مواجهته به وإنما هو ناتج عن آلة تخضع لسيطرة البنك ولإرادته بشكل كلي "، أنظر في ذلك :

- Tr.de Sept 9 Mai 1984. D. S. 1985 p.395.

- أشار إليه محمد المرسي زهرة : الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م، س، ص 801

(3)- المقصود هنا التلاعب الذي لا يترك أثر يدل على وقوعه، ذلك أن خضوع الحاسب الإلكتروني من حيث برمجته لسيطرة مستعمله قد يدفع إلى الإعتقاد بإمكانية تغيير البيانات الحقيقية وإدخال بيانات أخرى بما يتفق مع مصالح مستعمل الحاسب ،كل هذا دون أن تترك عملية التغيير أو الإضافة أو الإلغاء أي أثر يمكن أن يدل عليه، ولا شك أن هذه المخاوف قد صاحبت الحاسب الإلكتروني في بداية ظهوره، ومن الطبيعي أن يصاحب أي إختراع في بدايته ثغرات معينة يعمل المتخصصون بعد ذلك على تلافيها وتطوير الإختراع ذاته، وهو ما حدث بالضبط بالنسبة للحاسب الإلكتروني، فقد شهدت تقنية المعلوماتية تطورا هائلا في السنوات الأخيرة سواء على مستوى الأجهزة أو على مستوى البرامج، ويتضمن هذا التطور مصداقية تكاد تكون كاملة للحاسب الإلكتروني في مجال معالجة المعلومات معالجة إلكترونية وفي مجال حفظ البيانات، وبالإضافة إلى ذلك فإن تقنيات ذاكرة بعض أنظمة المعلوماتية قد تطورت هي الأخرى تطورا ملحوظا، فقد بدأ إستخدام بعض أوصاف التسجيل مثل البطاقة ذات الذاكرة والتي تتضمن تسجيلا على درجة كبيرة من الدقة، فضلا عن أنها لا تقبل المحو أو التعديل، فضلا عن ذلك أنها تسمح بتسجيل كل عملية قام بها العميل وفي حالة التعرض يمكن مقارنة التسجيل الذي يحتفظ به العميل مع التسجيل الذي يحتفظ به مصمم البرامج، أنظر في هذا الشأن :

- محمد المرسي زهرة : الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م، س، ص805

- Chamoux (F): La preuve par Ecrit un anachronisme pour les informatiques et droit de la preuve, travaux de' A.F.D.U ed parques 1987 P.13

إلا أن بعض الفقه[1]يرى أن التحليل السابق قد أخذ بظاهر الأمور، ذلك أن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني تتم من خلال مجموعة من الإجراءات يجب على العميل إتباعها حتى يستطيع إتمام العملية، فالبنك يعمل على برمجة أجهزة الحاسب بطريقة معينة ليستجيب لطلبات العملاء حسب تعليماتهم، وبعد معالجة طلب العميل إلكترونيا يقوم جهاز الحاسب بإتمام العملية وتسجيل بياناتها في ذاكرته أو على أشرطة مغناطيسية أو ورقية خاصة، وبالتالي يصبح التسجيل انعكاسا لطلب الزبون بناءا على الخطوات الصادرة عنه ومعالجة هذا الطلب من قبل الحاسب.

لهذا فإن إعداد الدليل الإلكتروني من خلال إستخدام أجهزة التحويل البنكي الإلكتروني يمر في مرحليتين، تبدأ الأولى بإتباع مجموعة من الإجراءات المتفق عليها تخضع في مجملها لإرادة العميل[2]، والثانية تتم من خلال معالجة المعلومات إلكترونيا عن طريق البنك الذي يمسك حساب العميل، فيصبح الدليل المترتب عن عملية التحويل نتاج عملية مشتركة بين الطرفين، فهو ليس من وضع طرف دون الآخر وإنما نتيجة لاشتراكهما معا في الإجراءات التي أدت إليه، ولا يعتبر أي منهما قد صنع هذا الدليل بنفسه[3].

كما أن مبدأ عدم جواز احتجاج الشخص بدليل صنعه بنفسه لا يعد مبدءا مطلقا فقد نصت معظم التشريعات على بعض الاستثناءات التي يحق فيها للشخص بالتمسك بدليل من صنع نفسه كما هو الحال بالنسبة لدفاتر التجار[4]، بالإضافة أن التسجيلات الإلكترونية سواء كانت تسجيلات مغناطيسية أو تسجيلات مسجلة في ذاكرة الحاسب الآلي متفق على

(1)- محمد المرسي زهرة : الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م، س، ص802

(2)- ويرى بعض الفقه أن تأثير البنك على الحاسب الإلكتروني في ظل نظام البرمجة يكاد يكون منعدما من الناحية العملية، ولهذا يمكن القول أن الإجراءات والتعليمات التي يقوم العميل بإدخالها عن طريق لوحة المفاتيح في الحاسب الآلي المعد لإجراء عمليات التحويل ترتد أو تنعكس على دعامة معينة تعتبر صادرة عنه نفسه وليس عن البنك، وهذا الرأي يؤدي إلى القول بعدم إمكانية الاحتجاج بالدليل في مواجهة البنك، أنظر في هذا الرأي :
- Croze (R) informatique preuve et sécurité, Op.Cit, P165

(3)- محمد المرسي زهرة: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م، س، ص804

(4)- والغاية التي يسعى المشرع بلوغها من هذا الاستثناء هي تنظيم حسابات التجار وتسهيل مسطرة الإثبات، وقد نص الفصل 433 من قانون الالتزامات والعقود " إذا تضمنت دفاتر التاجر تقييدا صادرا من الخصم الآخر أو اعترافا مكتوبا أو إذا طابقت نظيرا موجودا في يد هذا الخصم،فإنها تكون دليلا تاما لصاحبها وعليه"، وما تجدر الإشارة إليه أن مدونة التجارة قد استعاضت عن الدفاتر التجارية بنظام المحاسبة القانونية التي نصت عليها المادة 19 من مدونة التجارة بقولها، " يتعين على التاجر أن يمسك محاسبة طبقا لأحكام القانون رقم 88/9 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 138.92.1 بتاريخ 30 من جمادى الآخرة 1413 الموافق 25 ديسمبر 1992. وإذا كانت تلك المحاسبة ممسوكة بانتظام فإنها تكون مقبولة أمام القضاء كوسيلة إثبات بين التجار في الأعمال المرتبطة بتجارتهم"، أما في التشريع الأردني فقد نصت المادة 16 من قانون البينات على أنه "1- دفاتر التجار الإجبارية:-.... 2- تصلح لأن تكون حجة لصاحبها في المعاملات المختصة بتجارته إذا كانت منظمة وكان الخلاف بينه وبين تاجر".

استخدامها كوسيلة للإثبات بين حامل البطاقة البنكية ومصدرها على افتراض صحة الاتفاق في عقد الحامل الذي يضمن صحتها.

وعلى أي حال فإن قيام البنك بالتمسك بأحد الأدلة الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني ونفيه لإدعاء العميل ينقل عبء الإثبات مرة آخر للعميل الذي يستطيع بدوره التمسك بهذه الأدلة لإثبات إدعائه، لكن ما هي هذه الأدلة؟ وما مدى حجيتها؟

الفقرة الثانية : أدلة الإثبات الإلكترونية الناتجة عن عمليات التحويل

تعد الكتابة من أهم أدلة الإثبات الأصلية، فهي دليل قائم بذاته صالحا لإثبات مختلف الوقائع القانونية سواء كانت تصرفات قانونية أو مجرد أفعال مادية، وقد أكدت مختلف التشريعات على أهمية الكتابة في الإثبات في كونها اشترطتها لإثبات بعض التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها مبلغا محددا[1]، ويقصد في هذا الإطار بالكتابة المستند الأصلي المعد أصلا للإثبات من خلال كونه موقعا من طرف الشخص المراد الاحتجاج عليه به.

فالمحررات بحد ذاتها إما أن تكون معدة للإثبات بحيث تكون موقعة، وإما أن تكون غير معدة للإثبات فلا تكون موقعة، والمحررات الإلكترونية بدورها لا تخرج عن هذه القاعدة، فهي إما أن تكون معدة للإثبات وإما أن لا تكون كذلك، ولعل هذا الأمر ما يمكن استفادته من خلال ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 1-417 من قانون الالتزامات والعقود[2]، والذي يقابله المادة 8 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[3]

فالمواد أعلاه تنص على أن الاعتداد بالبيانات الإلكترونية في الإثبات يستوجب إمكانية التعرف على الشخص الذي صدرت عنه، وحتى يمكن ذلك لا بد أن تتوفر في هذا المحرر أو البيانات مجموعة من الشروط أهمها ارتباطها بالتوقيع إلكتروني الخاص بالشخص المراد الاحتجاج عليه بها، أما إذا خلا المحرر من التوقيع الإلكتروني للمنشأ فلا

---

(1)- أنظر المادة 443 من قانون الإلتزامات والعقود والتي تقابلها المادة 28 من قانون البينات الأردني.

(2)- و الذي جاء فيه "...تقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني للإثبات ، شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق ، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف ، بصفة قانونية ، على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها"

والتمامية هي كل خاصية تضمن عدم تغيير المعطيات أو إتلافها، بشكل غير مسموح به، أثناء إنشائها أو حفظها أو، وأشار النص التقديمي لمشروع قانون رقم 05-53 أن من بين الإضافات الموضوعية التي جاء بها هذا القانون تأمين محتوى المحرر للموقع بشكل يضمن عدم تعرض الوثيقة المرسلة لأي تعديلات في المحتوى خلال مراحل إرسالها وحصر الاطلاع عليه من طرف المرسل إليه فقط، أنظر ذلك :

- محمد الكشبور و مصطفى مالك : قراءة في القانون المغربي للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، م، س، ص 14 هامش رقم 12
- مصطفى مالك : إبرام العقد بشكل إلكتروني، م، س، ص 23 هامش رقم 98

(3)- و التي جاء فيها "... دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشاه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه..".

يعتبر دليلا كاملا في الإثبات، لهذا فإن المحررات الإلكترونية المعدة للإثبات هي تلك الموقعة إلكترونيا.

والمحررات الإلكترونية التي يعتمد عليها العميل في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني لا يتوجب أن تكون معدة للإثبات، فهو يستفيد في إطار تعامله مع البنك من مبدأ حرية الإثبات وبالتالي إمكانية الاستعانة بكافة وسائل الإثبات بما فيها القرائن وشهادة الشهود بغض النظر عن مبلغ العملية أو العمليات المتنازع عليها[1]، وإن كان وجود محررات إلكترونية معدة للإثبات سيجعل الحق المدعى به أقرب إلى الصواب ويقوي من موقفه إمام المحكمة.

وتختلف المحررات أو البيانات الإلكترونية الناتجة عن العمليات البنكية عموما باختلاف العملية نفسها ونوع التقنية التي يتواصل فيها البنك مع عملائه، فإذا تم التواصل بين البنك والعميل بشكل مباشر فعادة ما يتم استخراج البيانات من جهاز الحاسب بواسطة دعامات ورقية عادية، ومن ثم يقوم مستخدم البنك بالتأشير عليها وتوقيعها، ولا شك أن هذه الحالات لا تثير إشكالا بخصوص مدى حجيتها في الإثبات نظرا لاحتوائها على توقيع كتابي من طرف ممثل البنك تجاه الزبون، ولا تؤثر طبيعة الكتابة كما سلف وقلنا على حجيتها في الإثبات، وقد نص قانون البينات الأردني على حجية هذه الوثائق وساواها مع المحررات العرفية وذلك في المادة 13 منه[2].

لكن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال تتم عن بعد ودون الاتصال المباشر بين العميل مستخدمي البنك، لهذا فإن مستخرجات الحاسب في هذه الحالة لا يتم توقيعها من طرف ممثلي البنك، بل يقوم العميل باستخراجها مباشرة من الحاسب الآلي، ولعل أهم الأمثلة على هذا النوع من المحررات يتمثل في المستندات الورقية المستخرجة من أجهزة التحويل المختلفة بما فيها أجهزة الصراف الآلي (AMT)، ونقاط الأداء لدى التجار (TPS)، والسؤال الذي يطرح في هذا الإطار ما هي حجية هذه المستندات في الإثبات؟

في هذا السياق لا بد من الإشارة إلى أنه في مجمل البيانات التي تحتويها هذه المستندات لا يوجد ما يشير إلى توقيعها ولو إلكترونيا من طرف البنك، وإن كانت تحتوي على البيانات المتعلقة بمكان تنفيذ العملية ورقم الجهاز الذي تم إجراؤها منه، لهذا فإن

---

(1)- وذلك ما لم ينص القانون أو الإتفاق على ضرورة الإثبات بالكتابة طبقا للمادة 334 من مدونة التجارة، وما يلاحظ أنه بالنسبة لمشرع الأردني على الرغم من نصه على نفس القاعدة في المادة 28 من قانون البينات إلا أنه عاد وأكد على مبدأ حرية الإثبات بشكل خاص في العمليات البنكية من خلال ما جاء في المادة 92/ب من قانون البنوك حيث نصت هذه المادة على أنه " على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الالكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات أجهزة التلكس..."، وبالتالي فإن حرية الإثبات هاته مقررة للبنك والعميل على السواء.

(2)- وذلك في الفقرة (ج) من تلك المادة والتي جاء فيها " وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الاسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسبت إليه انه لم يستخرجها أو لم يكلف أحدا باستخراجها".

بعض الفقه[1] يرى بأن دورها لا يتعدى كونها قرينة بسيطة أو في أحسن الأحوال بداية حجة كتابية لا يصلح التمسك بها إلا على سبيل المقارنة مع تسجيلات البنك الموجودة في الحاسب الآلي، وهذه المقارنة هي التي تقيم الدليل على صحة العملية التي تم إجراؤها[2]، ولعل هذا الأمر يدعو إلى الاعتقاد بإمكانية اختلاف البيانات الواردة في المستند المسلم للعميل عن تلك المخزنة في ذاكرة الحاسب الآلي للبنك، مما يثير إشكالا آخر متعلق بمدى حجية التسجيلات التي يقوم بها البنك نتيجة إجراء عمليات التحويل البنكي الإلكتروني؟

في الحقيقة إن الإجابة عن التساؤل السابق لا تأتي من خلال البحث في مدى تطابق الوسائل التي يستخدمها البنك لتسجيل وتخزين المعلومات المتعلقة بالعمليات التي يقوم بإجرائها عملائه باستخدام وسائل التحويل البنكي الإلكتروني مع القواعد العامة في الإثبات، لكن تكون بما إذا كان يحق للبنك أن يحتفظ بنسخ إلكترونية عن العمليات التي يقوم بإجرائها من الأصل.

فمختلف التسجيلات التي يقوم بها البنك من خلال العمليات اليومية التي يجريها من المفترض أن يتم تقييدها في الدفاتر التجارية التي يلزم البنك بمسكها كغيره من التجار وفقا لما حدده القانون، لكن نظرا لاعتماد البنوك الكبير على ما تفرزه التكنولوجيا الحديثة وتزايد حجم أعمالها[3]، أصبحت هذه الدفاتر تمثل عبئا عليها، فتحولت إلى استخدام بعض أنواع التقنيات الحديثة كبديل لتلك الدفاتر، وقد قررت بعض القوانين صراحة السماح للبنوك باتخاذ هذه الخطوة وأعطت التسجيلات تلك حجية الأصل في الإثبات كما هو الشأن بالنسبة لقانون البنوك الأردني[4].

---

(1)- كيلاني عبدالرضى محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان ، م، س، ص 18 و 136

(2)- وفي هذا الصدد إعتبرت محكمة الإستئناف التجارية بمراكش أن مستخرجات الحاسب الآلي الناتجة عن عملية السحب عبر الشبابيك البنكية الآلية لا تقوم محل كشف الحساب الذي يقوم البنك بتزويده لعميل، وقد جاء في هذا القرار " مستخرج العمليات " Extrait des opérations " المدلي به من طرف المستأنف عليه، والذي لا يعتبر وثيقة نهائية ولا يمكن أن يحل محل الكشوفات الحسابية، كما ورد باللغة الفرنسية في أسفل المستخرج نفسه " Cet extrait est fourni à titre purement indicatif et ne remplace nullement le relevé de compte "،....

- قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بمراكش رقم 761 والصادر بتاريخ 2007-06-14 (غير منشور)

(3)- يمكن للدلالة على حجم المشكلة التي تواجهها البنوك و المنشآت الصناعية و التجارية بخصوص تزايد حجم الأوراق المستخدمة أن نطرح مثال البنك الوطني الفرنسي في باريس و الذي قام بإنشاء مجمع ضخم لتخزين الورق الصادر عنه و التي يلزم البنك قانونا بالاحتفاظ بها يعادل حجمه حجم قوس النصر في شارع الشانزلزيه في باريس و قد ثبتت الحاجة إلى إنشاء مجمع مماثل كل أربع سنوات.

- عباس العبودي: الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دار الثقافة و الدار العلمية الدولية، عمان 2002، ص51.

(4)- حيث جاء في المادة 92 منه " "...ج-للبنوك أن تحتفظ للمدة المقررة في القانون بصورة مصغرة (ميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة) بدلا من أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات وغيرها من الأوراق المتصلة بأعمالها المالية وتكون لهذه الصور المصغرة حجية الأصل في الإثبات. د-تعفى البنوك التي تستخدم في تنظيم عملياتها المالية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية

أما بالنسبة للتشريع المغربي وبالإطلاع على المادة 45[1] من قانون رقم 03.34 يلاحظ أن المشرع استثنى البنوك من الخضوع لأحكام القانون رقم 9.88 والمتعلق المتعلق بقواعد المحاسبة التجارية[2]، وأحال على والي بنك المغرب تقرير كيفية مسك البنوك لدفاترها التجارية وفقا لما تقتضيه طبيعة عملها وما استجد من تطورات، لكن ما يلاحظ أنه لم يصدر عن والي بنك المغرب إلى حدود هذا الوقت أي تعليمات أو دوريات بهذا الخصوص مما يبقى هذا الإشكال مطروحا[3].

ولتجاوز هذه الوضعية فإن البنوك عادة ما تقوم بإدراج العقود التي تبرمها مع عملائها في عمليات التحويل البنكي الإلكتروني شرطا يفرض حجية التسجيلات الإلكترونية الناتجة عنها، بل قد يتعدى الأمر ذلك إلى النص على الحجية الكاملة لهذه التسجيلات وحرمان العميل من إثبات العكس[4]، ولعل ما يقوي حجية هذا التسجيلات

الحديثة من تنظيم دفاتر التجارة التي يقتضيها قانون التجارة النافذ المفعول وتعتبر المعلومات المستقاة من تلك الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية"

(1)- والتي نصت على أنه إستثناءا من أحكام القانون رقم 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار التعامل بها، تلزم مؤسسات الإئتمان بمسك محاسبتها وفقا لمناشير يصدرها والي بنك المغرب بعد إستطلاع رأي لجنة مؤسسات الإئتمان ..."

(2) -قانون رقم 9.88 الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 1992-منشور بالجريدة الرسمية عدد 4183 بتاريخ 30 ديسمبر 1992 ص 1867-1869، ولا بد من الإشارة في هذا الإطار إلى أن المرسوم رقم 83.10.20 الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1983 بتطبيق القانون رقم 83.353 بتاريخ 3 أبريل 1983 بشأن الالتزامات المحاسبية للتجار و بعض الشركات الفرنسية نص في المادة الثانية منه على أن المحررات المعلوماتية يمكن أن تحل محل دفتر اليومية و الجرد شريطة استخدام وسائل قانونية عند إعدادها و رغم خصوصية هذا النص فإن ذلك يدعونا إلى التساؤل حول أسباب التمييز بين الشركات الفرنسية و المغربية في هذا المجال..؟، أنظر في الدفاتر التجارية:

- محمود سمير الشرقاوي : الدفاتر التجارية و حجيتها في الإثبات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة 1988ص5

(3)- وفي هذا الصدد يمكن أن نشير إلى قضية من هذا النوع عرضت على القضاء اللبناني وتتعلق بمدى إمكانية استبدال الدفاتر التجارية بالوسائل الإلكترونية، حيث قضت محكمة الاستئناف ببيروت في قرار لها صدر في سنة 2000 بحجية الوسائل الإلكترونية لمسك الدفاتر التجارية إذا ما قوبلت بدفاتر تجارية أخرى وكانت متطابقة معها، على إعتبار أن استخدام تلك الوسائل بات عرفا تجاريا دوليا معتمدا في سائر القطاعات الاقتصادية، وأن القانون التجاري يكرس العرف التجاري كأحد مصادره، وأن العرف يلعب دورا أساسيا في تكوين قواعده، وذلك لعجز النصوص التشريعية عن ملاحقة حاجيات التجارة، ومن هنا يصبح العرف التجاري المستقر قاعدة قانونية يعمل بها، إلا أن محكمة التمييز نقضت القرار وكرست قاعدتين، الأولى أن الواقع التشريعي النافذ والمعمول به لم يعتد بعد بهذه الوسائل القائمة على البرمجة الإلكترونية كوسائل إثبات كاملة، والثانية أن العرف التجاري القائم على اعتماد الوسائل الإلكترونية لا يرجح على القواعد القانونية المفروضة، والإثبات الإلكتروني لا يمكن الأخذ به إلا عند ما يسمح به القانون، أنظر في ذلك :

- قرار صادر عن محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 6 أبريل 2001 رقم 2001/4 ملف رقم 2001/195.

-أشار إليه سامي بديع منصور : الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاضي ، مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية و الاقتصادية، الجزء الثالث، م، س، ص344 و ما بعدها.

(4)- أنظر على سبيل المثال، المادة 5 من الشروط العامة لعقد بطاقة البنك الشعبي بالمغرب والتي تنص على أنه " وفيما يخص عمليات السحب بواسطة موزع أوتوماتيكي يؤكد صاحب البطاقة صراحة بأن القيود المسجلة تلقائيا في مدينة حسابه على اثر إستعمال الموزع الاتوماتيكي لن تكون موضوع أية منازعة من طرفه "، وكذلك المادة 2/9 من الشروط العامة لعقد بطاقة انتر بنك فيزا المغرب والتي تنص على انه "تعتبر تسجيلات الشبابيك

نسبيا أنه يتم إعدادها في نفس لحظة إتمام العملية محل النزاع وفي وقت ليس فيه مصلحة لأي طرف في تشويه أو تحريف الدليل لصالحه، كما أن إعدادها يتم بناء على التعليمات الصادرة من العميل نفسه إلى الآلة بعد التحقق من شخصيته باستعمال الرقم السري وذلك بتسجيل البيانات التي أدخلها العميل نفسه طبقا لبرنامج معد مسبقا، فيمكن اعتبارها موقعة إلكترونيا من طرف العميل المراد الاحتجاج بها عليه.

وبالإضافة إلى ذلك فإن البنك بقيامه بإرسال كشف حساب دوري للعميل عن حركة القيود الدائنة والمدينة في حسابه بصفة عامة ينشأ حجة أخرى في مصلحته، فبالرجوع لنص المادة 118 من القانون رقم 03. 34 والذي يتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها[1]، يمكن القول أن كشف الحساب الذي لم ينازع فيه العميل يشكل عنصرا من عناصر الإثبات، يحق للبنك التمسك لكونه يملك كل المعلومات المتبادلة بخصوص العمليات المنفذة باستخدام أداة التحويل، ويمكنه أن يقوم بحفظها لتقديمها للقضاء، حيث تعد مما يمكن أن تساهم في تكوين قناعة القاضي، كما يمكن مقارنة ما تحت يد البنك من مستندات مع ما يحوزه العميل من إيصالات وكشوف الحساب[2].

وعلى أي حال فإن عدم الاعتداد بطبيعة الدعامة والاعتراف بحجية الوسائل الإلكترونية الحديثة والتوقيع الإلكتروني في الإثبات بشرط أن تتوفر السلامة التقنية وبالتالي القانونية[3]، بالإضافة إلى مبدأ حرية الإثبات الذي يستند إليه العميل، يجعل هذا الأخير قادرا على التمسك بأي دليل يتوفر له بغض النظر عن شكله والدعامة التي يقوم عليها.

وطبقا لأصول الإثبات ومبادئه فإن لكل طرف أن يقدم كل ما لديه من أدلة ليؤيد بها وجهة نظره ويدعم بها حقه ويسعى عن طريقها إلى إقناع القاضي، ويلتزم هذا الأخير بدوره أن يفحص هذه الأدلة ويوازن بينها، ويحدد قوتها في الإثبات وفق سلطته التقديرية، فإذا ثبت للقاضي أن المحرر الإلكتروني تتوفر فيه جميع الشروط القانونية من حيث توافر

الاتوماتيكية والدعامات الإعلامية التي تنسخ عليها الحجية على كل العمليات التي يتم بواسطة البطاقة والتبرير لإدراجها في الحساب الذي سلمت البطاقة بصدده "، والمادة 19 من شروط عقد بطاقة فيزا بنك القاهرة عمان والتي تنص على أنه "يقر حامل البطاقة والكفيل بأن دفاتر البنك وقيوده وحساباته بينة قاطعة لإثبات المبالغ المستحقة عليهما والناشئة عن إستخدام البطاقة ، ويصرحان بأن قيود البنك وحساباته نهائية وصحيحة ولا يحق لهما الإعتراض عليها ، وكما أنهما يسقطان ويتنازلان عن أي حق قانوني يجيز لهما الطعن بهذه البينة أو الإعتراض عليها ، وكما يتنازلان عن أي حق قانوني يجيز لهما طلب إبراز دفاتر البنك أو قيوده وتدقيق حساباته من قبل أي محكمة ".

(1)- والتي تنص على أنه " تعتمد كشوف الحسابات التي تعدها مؤسسات الإئتمان وفق الكيفيات المحددة بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد إستطلاع رأي لجنة مؤسسات الإئتمان، في المجال القضائي باعتبارها وسائل إثبات بينها وبين عملائها في المنازعات القائمة بينهما إلى أن يثبت خلاف ذلك "

(2)- أنظر في نفس الإتجاه :

- Huet (J): Aspects juridiques du télépaiement J.C.P ed G.1991. not 6.
- Warusfel (B): Aspects juridiques de La télématique Bancaire R Banque 1990 P.15.

(3)- عمر أنجوم: الحجية القانونية لوسائل الإتصال الحديثة، م، س، ص 142

الثقة في طريق إنشاءه وإرساله وتخزينه، والاطمئنان إلى أن التوقيع منسوب لشخص الموقع وأنه قد تم وضعه على المحرر بطريقة تحقق ارتباطا وثيقا بينهما تنم عن قبوله لمضمون المحرر كان بوسعه اعتماده كدليل إثبات.

بالإضافة إلى ذلك فإن اتفاقات الإثبات لا يجب أن تسلب القاضي سلطته التقديرية في تقدير الدليل المتفق عليه في الإثبات(1)، فإذا اعتبرنا الاتفاق صحيحا سواء تعلق بقبول الدليل أو بحجيته، فإن هذا الاتفاق لا يجب أن يقف عقبة أمام ممارسة القاضي لسلطته التقديرية لتقدير حجية الدليل المقدم في الإثبات ومدى توافر شروط هذه الحجية.

والقاضي يستطيع عند تقديره للعناصر المطروحة أمامه، السهر على إبقاء التوازن بين الأطراف بقصر الاتفاق على قبول الدليل فقط مراعاة منه لعنصر الإذعان الذي يصبغ العقد(2)، إذا توافرت فيه ما يتطلبه القانون من شروط في المحررات الإلكترونية وتأكد من أن الطريقة المتبعة في توقيعه هي طريقة مأمونة وجديرة بالثقة، فإنه يحدد مدى حجية الأدلة المستعان بها في الإثبات(3)، ويمكن للمحكمة أن تلجأ دائما للخبرة لتحديد مدى دقة النظام المستخدم من طرف البنك ومدى صحة التسجيلات ومقارنتها بكشوف الحساب وبالأدلة التي يتقدم بها العميل(4).

المطلب الثاني

دور الخبرة في الإثبات في إطار عمليات التحويل

من ضمن الإشكالات التي تواجهها المحكمة في إطار البت بالنزاعات الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني ما يتطلبه هذا النوع من النزاعات من الإلمام ببعض الأمور المرتبطة بمسائل ذات طبيعة فنية ومتخصصة، يصعب على القاضي الوصول إلى الاستنتاجات السليمة بشأنها، لأن ذلك يستدعي قدرا من الإلمام والدراية بمجال المعرفة أو الناحية الفنية التي تنطوي عليها تلك العمليات، وفي مثل هذه الحالات يجب على المحكمة

---

(1)- أنظر في ذلك :

- Vasseur (M): Le paiement électronique, Aspects juridiques op.cit. P.42.

(2)- وفي نفس التوجه :

- De Leyssac (L): Les Cartes de paiement,op.cit.P24

- كيلاني عبدالرضى محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، م، س، ص169.

(3)- أنظر في ذلك :

- ثروت عبد الحميد: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، م، س، ص409

(4)- وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد " إذا كان ما ورد بعقد الحساب الجاري من اعتبار قيود البنك ودفاتره وسجلاته بينة قاطعة لإثبات المبالغ المستحقة على المدين وما يلحقها من فوائد وعمولات إلا أن ذلك لا يمنع من إجراء الخبرة المحاسبية على هذه الكشوفات والحسابات للتثبت من صحتها وعدم وجود فوائد خاطئة أو مخالفة للاتفاق أو القانون وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة التمييز منذ صدور قرار الهيئة العامة رقم 2001/2857 ، وعليه فإن إجراء الخبرة ليس فيه ما يخالف القانون "

- قرار تمييز حقوق عدد 2006/1692 والصادر بتاريخ 07/11/2006 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

اللجوء إلى معاونة شخص لديه العلم والإلمام الكافي بالموضوع المطروح أمامها وهو الشخص الذي يطلق عليه الخبير[1].

ومن خلال هذا المطلب سنحاول إلقاء الضوء على دور الخبرة في ميدان إثبات عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، بالتطرق لأهمية الخبرة وشروط إجرائها في (الفقرة الأول)، ولشروط صحة الخبرة وحجيتها في الإثبات في نزاعات التحويل البنكي الإلكتروني في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أهمية الخبرة وشروط إجرائها

تعتبر الخبرة من أهم الإجراءات التي تلجأ إليها المحكمة في ظروف خاصة وضمن شروط معينة قصد إجراء تحقيق في مسائل لا يمكن لها الإحاطة بجوانبها المختلفة إلا من خلال الاستعانة بأشخاص من ذوي المعارف الخاصة[2]، وبالإضافة إلى كونها إحدى وسائل التحقيق التي تستعين بها المحكمة[3] فإن الخبرة كذلك تمثل وسيلة من وسائل

---

(1)- والخبرة مهنة حرة تشارك في أداء خدمة عمومية وتنوير القضاء، وقد اعتنى المشرع المغربي بهذه المهنة ونظمها بمقتضى القانون رقم 00 – 45 المتعلق بالخبراء القضائيين، والذي عرف الخبير في مادته الثانية بأنه "المختص الذي يتولى بتكليف من المحكمة التحقيق في نقط تقنية وفنية ..." وحدد شروط الترشيح والتقييد في جدول الخبراء المحلي أو الوطني، نص على حقوق وواجبات الخبراء والتجريح والتأديب.

– ظهير شريف رقم 1.01.126 صادر في 29 من ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001) بتنفيذ القانون رقم 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين.

(2)- وقد عرف بعض الفقه الخبرة على أنها " الاستشارة الفنية؛ والتي تقوم بها المحكمة؛ بهدف تكوين عقيدتها من خلال الحصول على رأي فني في مسألة متعلقة بالدعوى"، كما عرفها البعض الآخر على أنها " إحدى طرق الإثبات التي يلجأ إليها الأطراف في الدعوى أو التي يلجأ إليها القاضي كلما دعت الحاجة إلى التثبت من مسائل فنية اختصاصية "، وعرفها البعض كذلك على أنها " تدبير تحقيقي يهدف إلى الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الخبرة أو الإختصاص، من أجل البت في مسائل فنية ذات طبيعة محددة تكون محل نزاع، ولا تلجأ إليها المحكمة إلا عند عدم إدراكها للمسائل المعروضة عليها بنفسها أو عندما تكون الأدلة في الدعوى غير كافية لتوضيحها، وهي تقتصر من حيث المبدأ على المسائل الفنية دون المسائل القانونية التي تبقى حصرا من إختصاص القاضي"، أنظر في هذه التعريفات :

– عباس العبودي : شرح أحكام قانون البينات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 ص 231

– محمد واصل وحسين بن علي الهلالي : الخبرة الفنية أمام القضاء، المكتب الفني للمحكمة العليا، مسقط 2004 ص 21

– ادوارد عيد : قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، مطبعة ستاركو، بيروت 1961ص 344

(3)- وقد نظم المشرع المغربي الخبرة كوسيلة من وسائل التحقيق في الفصول 55-66 من قانون المسطرة المدنية حيث قام في الفصول 55-58 بالنص على القواعد العامة التي تحكم إجراءات التحقيق المختلفة ومن بينها المعاينة والخبرة، وأفرد الفصول 59 – 66 للنص على الخبرة وقد تم تعديل هذه الفصول الأخيرة بمقتضى الظهير الشريف رقم 345-00-1 بتاريخ 29 رمضان 1421 (26 دجنبر 2000) بتنفيذ القانون رقم 00-85)، أما بالنسبة لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني فقد نظم كل من الخبرة والمعاينة في المواد 83-86 وفي هذا الإطار يجب التمييز بين الخبرة كوسيلة من وسائل التحقيق وبين المعاينة، فهذه الأخيرة يقوم يتم من خلالها تنتقل المحكمة لمعاينة المتنازع فيه أو تندب أحد قضاتها لذلك، إذا كان موضوع النزاع متعلق بعقار، ويمكن أن تتم المعاينة بنقل المطلوب معاينته إلى المحكمة، إذا كان منقولا، فتتم المعاينة والنظر إلى الواقع كما هو بين القاضي نفسه وليس بعين الخبير كما هو الشأن بالنسبة للخبرة، أنظر في هذا التمييز :

الإثبات التي يملك الأطراف اللجوء إليها في الدعوى القائمة بينهما بهدف التثبت من أمور فنية متخصصة[1].

وتحتل الخبرة مكانة خاصة في العمل القضائي لا سيما في مواجهة التطور التقني في شتى المجالات خصوصا في الميدان البنكي الذي يتميز باعتماده على تقنيات خاصة، فالقاضي الذي يكون ملزما بالإلمام بالتشريعات والقوانين ومواكبة تطورها على الصعيد الوطني، يعاين أو يصف هيكل الحقيقة دون أن تكون له الإمكانية في الدخول إلى مضمونها[2]، لأن الوصول إلى هذا المضمون يستلزم معارف فنية متخصصة لا يدركها إلا أهل الفن والاختصاص، ولا يفترض في القاضي أن يكون ملما بالتقنيات التي يقوم عليها العمل البنكي سواء المحاسبية منها أو الفنية المرتبطة بالخدمات التي تقدمها، لأجل ذلك وجدت مؤسسة الخبرة لتكون طريقا من طرق الإثبات لبعض الحقوق ذات الطبيعة المركبة من جهة، ولتكون وسيلة مساعدة للقاضي للوصول إلى الحقيقة في النزاع المعروض عليه من جهة أخرى[3].

- عباس العبودي : شرح أحكام قانون البينات، م، س، ص 226 ومما بعد
- محمد واصل وحسين بن علي الهلالي: الخبرة الفنية أمام القضاء، م، س، ص 9 وما بعد
- عبد الحميد عثمان ومحمد خليفة: أحكام قانون الإثبات، م، س، ص 276 وما بعد

(1)- ويلاحظ أن المشرع الأردني قد نص على إعتبار كل من الخبرة والمعاينة من قبيل وسائل الإثبات وذلك في المادة الثانية من قانون البينات، ومن ثم أحال في المادة 71 من نفس القانون إلى أحكام الخبرة والمعاينة الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني حيث جاء في هذه المادة " تعتبر جزءا من البينات المعاينة والخبرة التي تجري وفقا للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية."، أما بالنسبة للمشرع المغربي فلم يقم بالنص على المعاينة والخبرة ضمن وسائل الإثبات الواردة في المادة المدنية.

(2)- إن نطاق علم القاضي مهما اتسع فهو لا يشمل جميع المسائل الفنية والمعارف الحياتية المتشعبة التي تدخل في كثير من النزاعات التي تعرض أمامه، إضافة إلى أنه توجد قاعدة راسخة في ميدان الإثبات مؤداها أن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي وهذا يعني أنه حتى إذا اشتمل نطاق العلم الشخصي للقاضي الوقائع محل النزاع أو إذا كانت لديه الخبرة الفنية التي اكتسبها من تجربته الشخصية في الحياة، لا يجوز له قانونا أن يقضي أو يصدر حكمه على أساس هذه المعرفة أو الخبرة الشخصية إنما يكون لزاما عليه مراعاة قواعد الإثبات للوصول= -إلى الحقيقة وهي أن يستعين بالشهود الذين بمقدورهم إثبات تلك الوقائع أمام المحكمة. وهذا يستدعي الاستعانة بالخبراء الفنيين إذا كان النزاع يتضمن بعض النواحي الفنية التي تحتاج إلى إعمال المعرفة التقنية أو الخاصة، أنظر في نفس المعنى :

- عبد العزيز محمد ساتي: المبادئ العامة للخبرة، مقال منشور على موقع http://droitcivil.over-blog.com/35-index.html ص5
- عبد الحميد عثمان ومحمد خليفة: أحكام قانون الإثبات، م، س، ص 279 وما بعد
- محمد واصل وحسين بن علي الهلالي: الخبرة الفنية أمام القضاء، م، س، ص 8 وما بعد

(3)- إن القاعدة التي تقول أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي لا تمنع من الاستفادة من المعلومات العامة المستقاة من خبرة القاضي بالمسائل العامة وهو ما يعرف في قانون الإثبات بالعلم القضائي، وهي تشمل المسائل التي تدخل في علم عامة الناس مثل العطلات الرسمية والحروب وانتشار الكوارث وما ينجم عنها من آفات وانتشار السوق السوداء وغيرها من المعلومات العامة التي لا يعتبر اعتماد القاضي في حكمه عليها من قبيل الحكم بالمعلومات الشخصية، وعليه يمكن القول بأن القاضي لا يجوز له الاستعانة بالخبراء في المسائل التي يحتاج إثباتها إلى إلمام بقاعدة عامة لا تستدعي تخصصاً أو ثقافة أو دراية معينة حيث يفترض فيه الإلمام بهذه القاعدة التي تدخل في دائرة الثقافة العامة للأفراد في مجتمع معين في فترة زمنية معينة فإذا احتاج القاضي

ولا بد من الإشارة من أنه على الرغم من اعتبار الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات التي يمكن للعميل اللجوء إليها في إطار النزاع القائم بينه وبين البنك بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني، إلا هذه الوسيلة تختلف عن وسائل الإثبات التقليدية في كونها تعتبر وسيلة قضائية بامتياز، بمعنى أنها تقرر من قبل القضاء سواء قررها القاضي من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب الخصوم، وهو ما نصت عليه المادة 55 من قانون المسطرة المدنية المغربي(1)، والتي تقابلها المادة 83 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني(2)، ويترتب عن ذلك أن الخبرة التي يلجأ إليها أطراف النزاع من تلقاء نفسهم في معرض إثبات حق ما خارج مؤسسة القضاء، ودون صدور أمر أو قرار من القاضي بذلك لا تعتبر خبرة قضائية بالمعنى الدقيق وإنما مجرد استشارة.

كما أن صلاحية المحكمة في اللجوء للخبرة تختلف بحسب طبيعة الدعوى التي تنظر فيها، فكما سبق وقلنا أن كل من المشرعين المغربي والأردني يأخذان بمذهب الإثبات المختلط والذي يمزج بين مبدأ الإثبات المطلق والمقيد، والقاضي وفقا لهذا المذهب يمتلك سلطة تقديرية في إدارة الدعوى وتقدير الأدلة، على الرغم من الحفاظ على مبدأ حياد القاضي وحصر الأدلة وترتيبها دون أن يسمح للأطراف بتقديم أدلة لم ينص عليها القانون(3)، وتظهر السلطة التقديرية في حرية القاضي في تكوين قناعته من أقوال الشهود، وإجراء الخبرة الفنية في المسائل التي تستلزم معرفة فنية متخصصة، وإن كانت هذه السلطة تظهر وكأنها مقيدة في المادة المدنية، وتكاد تكون مطلقة في المسائل التجارية.

والقاضي الذي ينظر في النزاع الناشئ بين البنك وعميله بخصوص إحدى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني يعتمد على ما يقدمه كل طرف من حجج تكون في معظمها مستقاة من الأنظمة الإلكترونية الحديثة التي تتسم بتعقد التقنيات التي تقوم عليها، وهو

إلى معرفة من هذا القبيل كما إذا تعلق الأمر بمعرفة واقعة سياسية أو حادثة تاريخية فيجب أن يتحرى بنفسه بالرجوع إلى مصادرها المختلفة ويأخذ علما قضائيا بالواقعة أو الحدث أو المعلومة المعينة، أنظر :

- عبد العزيز محمد ساتي: المبادئ العامة للخبرة، م، س، ص 7

(1)- والتي نصت على أنه " يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف او أحدهم أو تلقائيا أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق. "

(2)- والتي جاء فيها النص كالآتي " 1- للمحكمة في أي دور من أدوار المحاكمة أن تقرر إجراء الكشف والخبرة...."

(3)- فالأصل أنه لا يجوز للقاضي أن يبحث عن الحقيقة بنفسه تطبيقا لمبدأ حياد القاضي، فهو يبني قناعته في الدعوى بناءا على ما يقدمه الخصوم من أدلة، لكن ما يلاحظ أن هذا المبدأ لا يأخذ على إطلاقه إذا أن ذلك قد يؤدي – في الكثير من الحالات – إلى عجز القاضي عن القيام بدوره، ولذلك أورد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات قصد بها تمكين القاضي من الوصول إلى الحقيقة، ومن ثم فإن المشرع قد خوله بعض السلطات تمكنه من تسيير الدعوى وجمع الأدلة واستكمالها من خلال تمكين القاضي من البحث عن الحقيقة خارج نطاق الدعوى وبعيدا عن أدلة الخصوم عن طريق بعض الإجراءات كالخبرة مثلا، أنظر في ذلك :

- محمد واصل وحسين بن علي الهلالي: الخبرة الفنية أمام القضاء، م، س، ص 36
- عبد الحميد عثمان ومحمد خليفة: أحكام قانون الإثبات، م، س، ص 21 وما بعد

يضطرا إلى اللجوء إلى الخبرة المتخصصة بطلب من أحد أطراف النزاع أو بأمر منه لتوضيح بعض المسائل ذات الطابع الفني، سواء كانت تلك الخبرة محاسبية تتعلق بحقيقة المبالغ المتنازع حولها[1]، أو كانت خبرة تقنية تتعلق بإثبات صحة العمليات المنجزة من خلال النظام المعلوماتي للتأكد من عدم وجود أي خلل، لكن التساؤل المطروح في هذا الإطار، هل يمكن اللجوء للخبرة في جميع الأحوال، أم أن هناك حالات محددة تستدعي اللجوء لها؟

من خلال الإطلاع على النصوص القانونية المنظمة للخبرة في التشريعين المغربي والأردني يلاحظ عدم تقييد اللجوء للخبرة بحالات دون أخرى، فالقاضي بحسب المبدأ يكون له دائما اللجوء للخبرة[2]، ولعل من نافلة القول أن لجوء القاضي للخبرة يجب أن يكون في المسائل التي يصعب عليه تبيان الحقيقة فيها بوسيلة أخرى، وبالتالي فإنها تكون في المسائل الخلافية غير الواضحة وغير الثابتة من خلال الوثائق والمستندات التي قام بتقديمها الأطراف، أو غيرها من الأدلة المبرزة أثناء الدعوى[3]، وفي هذا الصدد قررت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أنه "حيث إن المستأنفين يتمسكون في استئنافهم بأن مورثهم كان قد أدى جزء من الدين لكنه تعذر عليهم الحصول على الوثائق المثبتة

(1)- وقد جاء في هذا الصدد في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث تمسك الطاعن بأنه يتوفر على حساب واحد لدى البنك المستأنف عليه والحال أن هذا الأخير أدلى بثلاث كشوف حسابية مختلفة دون أن يثبت أصل هذه الحسابات ولا كيف سجلت الأرصدة المدينة كما انه احتسب نسبة 13,25% لكل حساب مخالفا بذلك قرارات بنك المغرب، وحيث إن المحكمة أمرت بإجراء خبرة لتحديد الدين محل النزاع، وحيث إن الخبير أنجز تقريرا خلص فيه إلى أن عقد القرض المبرم بين الطرفين لم يتطرق لتطبيق فوائد التأخير من طرف البنك إذا حصل تماطل في أداء الاستحقاقات الشهرية وان ممثل البنك لم يستطع تزويده ببطاقة قرض فيزا التي منحت للمستأنف وسحب بها مبلغ 22.336,65 درهم متذرعا بكون العقد ضاع بسبب فيضان الماء، وحيث انه تبعا لذلك فإن الخبير استنقص هذا المبلغ من الدين المطالب به كما انه لم يأخذ بعين الاعتبار فوائد التأخير لعدم اشتراطها في العقد ليستنتج في الأخير إلى أن حصر مديونية الطاعن في مبلغ 149.499,44 درهم"

– قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2004/1893 بتاريخ 2004/6/3 (غير منشور)

(2)- ويلاحظ ذلك من خلال النظر إلى المواد التي نظمت الخبرة كإجراء من إجراءات التحقيق وبالخصوص كل من المادة 55 من قانون المسطرة المدنية المغربي والمادة 83 من قانون أصول المحاكمات الأردني، فقد جاءت هذه المواد عامة معتبرة أنه يمكن للقاضي دائما اللجوء للخبرة دون أن تقوم بوصف الحالات التي يمكن فيها اللجوء للخبرة ودون أن يتم تحديد حالات بعينها، وبالإضافة إلى ذلك فإن الخبرة باعتبارها من قبيل وسائل الإثبات فإنه تطبق في هذه الحالة القواعد العامة للإثبات بحيث يمكن دائما التمسك بها من طرف الشخص في إطار المادة التجارية التي تقوم على حرية الإثبات، أما بالنسبة للمادة المدنية والتي تقوم على مبدأ الإثبات المقيد فإن التمسك بالخبرة لا يكون إلا في الحالات التي يتفق فيها الأطراف على ذلك أو إذا ما وجد نص قانوني يتيح للأفراد التمسك بها، وفي جميع الأحوال فإن اللجوء للخبرة يعد طريقا استثنائيا لا يتم اللجوء إليه إلا في حالة عدم وجود وسيلة أخرى لوصول إلى الحقيقة وعدم كفاية المستندات والأدلة المقدمة في الدعوى، أو عندما يرى القضاء حاجة إلى ذلك.

(3)- أنظر في ذلك :

– ادوارد عيد : قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، م، س، ص 347

– عباس العبودي : شرح أحكام قانون البينات، م، س، ص 231

– محمد الهيني : إشكالية الخبرة في المادة المدنية على ضوء تعديلات 26 دجنبر 2000 مجلة الإشعاع عدد 24 دجنبر 2002 ص 36

لذلك، لكن حيث إن الدفع أعلاه لا يمكن معه أن يشكل منازعة في الدين ولا حتى يبرر إجراء الخبرة طالما أن المستأنفين لا يتوفرون على ما يفيد أن الأداء قد تم بالفعل وأن المبلغ المطالب به جاء مخالفا للواقع، وحيث إن المحكمة لا يمكن أن تصنع حججا للأطراف مما يبقى معه الطلب المتعلق بإجراء خبرة في غياب ما يفيد المنازعة الصحيحة في الدين وطريقة احتسابه بدون أساس ويلزم رده"[1].

فالخبرة طريق استثنائي أوجده المشرع لمواجهة بعض الحالات المترتبة عن تقنيات وظروف يصعب على القاضي إدراكها لهذا فإنه لا يتم اللجوء إليها إلا عند عدم توفر وسيلة أخرى يستطيع بواسطتها القاضي معرفة الحقيقة وبالتالي فإن المحكمة تكون في بعض الحالات ملزمة باللجوء للخبرة[2] دون أن يؤدي ذلك إلى التوسع في هذا الاستثناء الممنوح للقاضي بما يترتب عنه إطالة أمد التقاضي وزيادة المصاريف على أطرا الدعوى، كما هو الشأن بالنسبة لبعض النزاعات التي تقوم في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، فمثل هذه النزاعات تحتاج إلى معرفة فنية متخصصة لا تتوفر في القاضي الذي يجد نفسه مرغما على اللجوء إلى الخبرة لفهم وإستجلاء عناصر النزاع.

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية "..إذا قام المدعي ببيع مصوغات ذهبية للمدعى عليه الأول بواسطة بطاقة الإئتمان، بواسطة أجهزة التفويض الإلكتروني التي قبلت البطاقة وإجازة البيع بموجبها وأصدرت خمس سندات تحمل توقيع المدعى عليه الأول قيمتها أربعة آلاف ومائتين دينار، وأن المدعى عليها تدعي بأن البيع قد تم بطرق إحتيالية وأنه قد وقع تزوير على بطاقة الفيزا، ولما كانت عملية البيع بهذه الطريقة هي مسألة فنية فإنه كان على محكمة الاستئناف وبما لها من صلاحية بمقتضى المادة 83 من قانون أصول المحاكمات المدنية أن تقرر إجراء الخبرة من قبل خبير أو أكثر وذلك لمعرفة كيف تتم عملية البيع بموجب البطاقة الائتمانية (الفيزا) وبصورة مطابقة للشروط الواردة في الاتفاقيتين وفيما إذا كان هناك احتمال لعمليات إحتيالية أو

---

(1)- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/2074 والصادر بتاريخ 2005/6/6 (غير منشور)

(2)- وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على اللجوء للخبرة قد يكون مهما وضروريا في بعض الحالات حتى تستطيع المحكمة التوصل للحقيقة، وأن منح المشرع هذه المكنة للقضاء يهدف إلى إعطاءه الوسيلة التي يستطيع من خلالها استجلاء الحقائق في حالة عدم كفاية الأدلة المقدمة من طرف الخصوم، أو عند عدم وجود وسيلة أخرى لذلك، فقد جاء في قرار صادر عنها " يستفاد من المادة 1/83 من قانون أصول المحاكمات المدنية قد أمدت المحكمة بصلاحية إجراء الكشف والخبرة حتى وان لم يطلبها الخصوم تكون محكمة الاستئناف قد أخطأت بفصل الدعوى قبل أن تقوم بالكشف والتأكد من مدى مسؤولية سلطة المياه ما دام أن جبر الضرر يتعين فيه أن يثبت الضرر الذي يقوم بحصول فعل أو امتناع عن فعل وعلاقة سببية ولغايات الوقوف على ذلك فلا بد من إجراء الخبرة وحيث أن محكمة الاستئناف لم تقم بهذه الخبرة يكون قرارها المطعون فيه سابقا لأوانه لمخالفته القانون".

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2007/2451 والصادر بتاريخ 24/06/2008 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

وقوع تزوير على البطاقة وتحديد موطنها في عمليات البيع وتحديد المسؤولية المدنية في حالة حصولها..."[1].

واللجوء للخبرة يجب أن يكون في ذات الوقت ضروريا للفصل في موضوع النزاع، بمعنى أن الفصل في هذا النزاع إذا كان ممكنا دون اللجوء للخبرة فإن اللجوء إليها لا يكون جائزا، لذا فإن المحكمة عادة ما تدقق في مدى الحاجة إلى الخبرة الفنية حتى ولو تم طلبها من طرف أحد الخصوم[2]، لأنه كي يسوغ اللجوء للخبرة يجب أن تكون الواقعة معينة بوضوح ومنتجة في القضية محل النزاع، فالخبرة تدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي ويستطيع رفض إجرائها، بشرط أن يكون هذا الرفض مبررا[3].

وتجدر الإشارة أن الوقائع التي يمكن تقرير الخبرة بشأنها تنحصر في الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من صلاحية القاضي وحده، فلا يجوز أن يقوم القاضي بتفويض الخبير بوظائف من شأنها أن تؤدي إلى تفويض القاضي لصلاحياته في البت بالنزاع المعروض عليه للخبير، أو أن يوكله بمهام ذات طابع قانوني من إختصاص القاضي وحده، فلا يجوز للقاضي التنازل عن الحكم في الدعوى للخبير، لأن هذا الأخير يبقى مساعدا للقضاء في استجلاء الحقائق ولا يجوز تكليفه في الحكم في النزاع موضوع الدعوى، لهذا فإن الخبرة لا تكسب أي طرف من الخصوم حقا، بل يكتسب الخصوم الحق بالحكم الذي يصدره القاضي[4].

---

(1)- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد2005/441 والصادر بتاريخ 12/05/2005 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- ويكون ذلك من خلال البحث في مدى جدية طلب اللجوء للخبرة، وفي هذا الإطار فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث انه بخصوص طلب إجراء خبرة حسابية فان اللجوء إلى الخبرة من طرف المحكمة لا يكون إلا بعد ثبوت المنازعة في المديونية ويصعب على المحكمة تحديد الدين بكل دقة، وان هذه الشروط غير متوفرة لأنه لم يثبت للمحكمة عكس ما هو مدون في عقد القرض وكشف الحساب الممسوك من طرف المستأنف عليها مما يتعين رفض هذا الطلب لعدم جديته".

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2001 والصادر بتاريخ 2000/10/03 (غير منشور)

(3)- وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث تعيب الطاعنة على الحكم المستأنف عدم الأخذ بدفوعاتها المدونة بالمذكرة الجوابية وعدم إمهالها قصد الإدلاء بالوثائق وبان الأعمال التي أنجزتها المستأنف عليها غير كاملة ومغشوشة ملتمسة إجراء خبرة، حيث انه بخصوص الدفع الأول وعلى خلاف ما تدعيه الطاعنة فان حيثيات الحكم المستأنف ناقشت المذكرة الجوابية التي أدلت بها الطاعنة خلال المداولة والتي لم تكن معززة بأي وثيقة مما يكون معه هذا الدفع غير منتج ويتعين رده، وبخصوص باقي الدفوع فالطاعنة لا تنازع في كون المستأنف عليها أنجزت لها الأشغال إلا أنها تدعي بان الأشغال غير كاملة ومغشوشة دون أن تثبت ذلك بأية وسيلة من وسائل الإثبات المتاحة قانونا وان المحكمة غير ملزمة بإجراء بحث أو خبرة لإثبات واقعة ادعتها الطاعنة دون أن تثبتها.."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 1941 والصادر بتاريخ 2000/09/26 (غير منشور)

(4)- وفي هذا الصدد فقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى " أن مهمة الخبير الذي تعينه المحكمة تنحصر في جلاء أمر تقني يرى الاطلاع عليه ضروريا للفصل في النزاع المعروض عليه، أما الإجراءات التي تتعلق بالقانون كمعرفة الأرض المتنازع عليها هل هي من الأملاك الخاصة أو من أملاك الدولة فهذه إجراءات قانونية من صميم أعمال القاضي الذي لا يجوز أن يتنازل عنها للغير أو يفوض النظر فيها إليها، وان المحكمة التي اعتمدت على خبرة من هذا النوع تكون قد جردت قضاءها من الأساس القانوني وعرضته للنقض"

وعندما تجد المحكمة أن حالة الدعوى المنظورة أمامها تستدعي إجراء خبرة فإنها تصدر حكما تمهيديا لإجراء الخبرة يتضمن أسم الخبير أو الخبراء وعددهم[1]، وتحديد المهمة التي يضطلعون بها[2]، بالإضافة إلى الفترة التي يجب خلالها إنجاز الخبرة[3]،

- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 1375بتاريخ 1992/05/30 أورده عبد العزيز توفيق : شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي معلقا عليه بأحكام محاكم النقض العربية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1995، ص 185.

(1)- ونشير في هذا الصدد إلى أنه للمحكمة أن تقوم بتعيين خبير أو أكثر بحسب ظروف النازلة التي تعرض عليها، لهذا فهي لا تتقيد بعدد معين من الخبراء، وقد نص قانون المسطرة المدنية المغربي على ذلك في الفصل 66 والذي جاء فيه " إذا اعتبر القاضي أن الخبرة يجب أن لا تقع عن خبير واحد فإنه يعين ثلاثة أو أكثر حسب ظروف القضية"، وهو يشابه ما جاء في مطلع المادة 83 من قانون أصول المحاكمات الأردني السابق الإشارة إليها، لكن ما يلاحظ أن المشرع الأردني أعطى الأطراف من حيث الأصل الإتفاق على الخبير الذي سيقوم بإجراء الخبرة وذلك بناءا على ما نص عليه في المادة 83 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي جاء فيها ".. فإذا اتفق الفرقاء على انتخاب الخبير أو الخبراء وافقت المحكمة على تعيينهم وإلا تولت انتخابهم بنفسها..."، بينما نجد أن المشرع المغربي منح تعيين الخبير من حيث الأصل للمحكمة حيث نص على ذلك في الفصل 59 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه " إذا أمر القاضي بإجراء خبرة عين الخبير الذي يقوم بهذه المهمة تلقائيا أو باقتراح الأطراف واتفاقهم...".
وفي هذا الإطار كذلك لا بد من الإشارة إلى أن إنتداب الخبراء في القانون المغربي يتم بحسب الأصل من خلال انتقائهم من ضمن اللائحة أو الجداول التي يتم تسجيل الخبراء القضائيين الذين يحق لهم ممارسة هذه المهنة فيها ضمن دائرة كل محكمة على حدة بحسب ما تم النص عليه في قانون رقم 00 – 45 المتعلق بالخبراء القضائيين، وإذا لم يوجد ضمن تلك اللائحة خبير لنوع النزاع المعروض على المحكمة قام القاضي بتعيين خبير من خارج تلك اللائحة على أن يقوم بأداء القسم القانوني أمامه، وقد نصت على ذلك المادة 59 من قانون المسطرة المدنية التي جاء فيها " وعند عدم وجود خبير مدرج بالجدول يمكن بصفة استثنائية للقاضي أن يعين خبيرا لهذا النزع ، وفي هذه الحالة يجب على الخبير أن يؤدي اليمين أمام السلطة القضائية التي عينها القاضي لذلك على أن يقوم بأمانة وإخلاص بالمهمة المسندة إليه وأن يعطي رأيه بكل تجرد واستقلال ما لم يعف من ذلك اليمين باتفاق الأطراف."، أما بالنسبة للتشريع الأردني فقد كان قانون أصول المحاكم المدنية القديم ينص على نظام الدور والذي يتشابه إلى حد كبير مع نظام الجداول الذي يعمل به في المغرب، إلا أنه بعد تعديل هذا القانون قام المشرع الأردني بإلغاء نظام الدور إبتداءا من عام 2005 ونص على قيام المحكمة بتعين الخبير سواء ومن ثم تحليفه القسم القانوني من خلال المادة 83 التي جاء فيها "... يدعو رئيس المحكمة أو القاضي الذي تنتدبه المحكمة من أعضائها الخبير أو الخبراء.... ويسلمه الأوراق اللازمة أو صوراً عنها ويحلفه اليمين بأن يؤدي عمله بصدق وأمانة...."

(2)- ويجب على القاضي أن يحدد مهمة الخبير أو الخبراء بكل دقة وأن يجعلها تتناول جميع المسائل الفنية التي تحل النزاع دون المسائل القانونية، هذا ويلاحظ أن المشرع المغربي قد أوجب على المحكمة أن تقوم بتحديد مهمة الخبير على شكل أسئلة يقوم الخبير بالإجابة عنها من خلال تقرير الخبرة، فقد جاء في الفصل 59 من قانون المسطرة المدنية "...يحدد القاضي النقط التي تجري الخبرة فيها في شكل أسئلة فنية لا علاقة لها مطلقا بالقانون. يجب على الخبير أن يقدم جوابا محددا وواضحا على كل سؤال فني كما يمنع عليه الجواب على أي سؤال يخرج عن اختصاصه الفني وله علاقة بالقانون."، أما بالنسبة للمشرع الأردني فيلاحظ أنه لم ينص على مثل هذا المقتضى وأشار في المادة 83 إلى أنه يجب على المحكمة أن تقوم بتحديد المهمة التي يقوم بها الخبير فقط دون أن تحدد شكل ذلك.

(3)- ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرع المغربي ميز بين التقرير الكتابي والذي يجب أن يقوم القاضي بتحديد أجل لوضعه في من طرف الخبير في كتابة الضبط وبين التقرير الشفوي الذي يجب أن يقوم القاضي بالنسبة له بتحديد موعد لجلسة خاصة يقدم فيها الخبير تقريره بحضور الأطراف ومن ثم تدوينه في محضر مستقل، وهو ما نصت عليه المادة 60 من قانون المسطرة المدنية، أما التشريع الأردني فلم يميز بين التقرير الشفوي

وكذلك تحديد أتعاب الخبرة والجهة المكلفة بدفعها والمهلة المخصصة لإيداعها في صندوق المحكمة، وعندها يشرع الخبير في توضيح النقاط التي أحالتها المحكمة عليه من خلال التقرير الذي يعده ويقدمه لها.

الفقرة الثانية: حجية الخبرة في الإثبات

لا بد من الإشارة بداية إلى وجوب التمييز بين صحة الخبرة ومدى حجيتها في الإثبات، فالخبرة تتم من خلال مجموعة من الإجراءات الشكلية التي يجب التقيد بها إبتداءا من صدور الأمر بإجراء الخبرة مرورا بمباشرة الخبير لمهامه لتنتهي بإعداد تقرير الخبرة وتسليمه، وهذه الإجراءات المسطرية التي تلابس الخبرة القضائية (كالقواعد الخاصة بكيفية تعيين الخبير وكيفية تجريحه ومسألة أدائه لليمين واستدعائه للأطراف وما يرتبط بكل ذلك من آجال) تخضع في عدم صحتها وبطلانها لمقتضيات البطلان الواردة في ضمن القواعد الإجرائية، وقد نظم كل من المشرع المغربي ونظيره الأردني البطلان الإجرائي ضمن نصوص مقتضبة كرست مبدءا أساسيا مفاده أن بطلان إجراء ما رهين بإحداث ضرر للخصم وهو ما نص عليه الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية المغربي[1] والمادة 24 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[2].

وبما أن الطعن في إجراءات الخبرة هو طعن في الجانب الإجرائي منها فإنه من الواجب إثارته قبل أي دفع أو دفاع وقبل مناقشة الجوهر، ولا يقصد هنا جوهر الدعوى بشكل عام وإنما جوهر الخبرة وما تضمنته من نتائج[3]، وعلى أي حال فكما سبق وقلنا أن الخبرة لا تبطل إلا إذا أثبت من يتمسك بذلك البطلان أن ضرر أصابه من جرائه، ولعل من جملة الأسباب التي يمكن الاعتماد عليها للدفع ببطلان الخبرة الإخلال بالمسائل القانونية التي تمس بحقوق الدفاع كاستدعاء الأطراف بكيفية قانونية لحضور الخبرة.

والمكتوب واوجب على القاضي فقط أن يحدد للخبير في حكم الخبرة الوقت الذي يجب عليه أن يسلم الخبرة فيه 83 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

(1)- وقد نص الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية على أنه " ... يسري نفس الحكم بالنسبة لحالات البطلان والإخلالات الشكلية والمسطرية التي لا يقبلها القاضي إلا إذا كانت مصالح الطرف قد تضررت فعلا.".

(2)- ويلاحظ أن المشرع الأردني تعرض لبطلان الإجراءات بشكل أكثر تفصيلا من نظيره المغربي من خلال المواد 24-26 من قانون أصول المحاكمات المدنية حيث قرر في المادة 24 من هذا القانون أنه " يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم. ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا لم يترتب على الإجراء ضرر للخصم".

(3)- وقد جاء النص على ذلك في الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية والذي جاء فيه " يجب أن يثار في آن واحد وقبل كل دفاع في الجوهر الدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لتقديمها أمام محكمتين مختلفتين أو لارتباط الدعويين والدفع بعدم القبول وإلا كان الدفعان غير مقبولين.يسري نفس الحكم بالنسبة لحالات البطلان والإخلالات الشكلية والمسطرية التي لا يقبلها القاضي إلا إذا كانت مصالح الطرف قد تضررت فعلا."، بينما نصت المادة 110 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه " الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، والدفع بعدم الاختصاص المكاني أو بوجود شرط التحكيم يجب إبداؤها معا قبل إبداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب الدفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيها . كما يسقط حق الطعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في لائحة الطعن...."

وقد جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث انه بالاطلاع على الخبرة المذكورة اتضح للمحكمة أن الوثائق التي ارتكز عليها الخبير لم تعرض على المستأنفة، إذ أنها لم تحضر إذ رجعت الرسالة المضمونة بملاحظة غير مطالب به حسبما جاء في تقرير الخبير، حيث إن الثابت أن المشرع المغربي بمقتضى الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية ألزم الخبير باحترام مبدأ الحضورية أو الوجاهية خلال عمليات الخبرة ويظهر من صيغة الوجوب الواردة في النص أن المشرع المغربي جعل هذا الالتزام من النظام العام، وحيث انه استنادا إلى ذلك لا يمكن الاحتجاج على المستأنفة بخبرة لم تتمكن من تتبعها وحضورها، إذ رجعت الرسالة المضمونة التي بعثها الخبير بملاحظة غير مطالب به..."[1].

ومن الأمور التي تؤدي إلى بطلان الخبرة كذلك عدم أداء الخبير لليمين القانوني إذا لم يكن قد قام بأدائه مسبقا[2]، وعدم الإشارة إلى أقوال الحضور وملاحظاتهم ضمن تقرير الخبرة أو إغفال توقيع التقرير من طرف الخبير أو الخبراء المنتدبين أو عدم إنجاز الخبير للمهمة المنوطة به شخصيا أو تجاوزه للمأمورية التي أسندت إليه وغير ذلك من الإجراءات، ولعل من نافلة القول أن المسائل القانونية المتصلة بالنظام العام ولو كانت ذات طبيعة إجرائية، ومن ذلك تلك التي تمس بحقوق الدفاع كاستدعاء الأطراف بكيفية قانونية لحضور الخبرة، يمكن إثارتها في أية مرحلة كانت عليها القضية، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا[3].

أما بخصوص حجية الخبرة في الإثبات فبداية يمكن القول أنه إذا ما جاء تقرير الخبرة صحيحا من الناحية الإجرائية يكون له كقاعدة عامة له قوة الإثبات التي تكون عادة للأوراق الرسمية في شأن ما أثبته هذا الخبير من الوقائع التي شاهدها أو سمعها أو علمها أو استنتجها في حدود الاختصاصات التي أوكلت إليه[4]، فلا يمكن إثبات عكس ما ضمن

---

(1)- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/2074 والصادر بتاريخ 2000/10/12 (غير منشور)

(2)- فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " إذا اعتمدت محكمة استئناف اربد تقرير الخبرة الاستئنافية دون أن تحلف الخبراء القسم القانوني وفق متطلبات المادة 83 من قانون أصول المحاكمات المدنية واستندت إلى ما ورد بتقرير الخبراء بأنهم من الخبراء المحلفين القسم القانوني أمام وزير العدل، وحيث أن نظام خبراء الدور قد تم استحداثه بموجب قانون أصول المحاكمات المدنية المؤقت رقم 26 لسنة 2002، وحيث أن هذا القانون قد تم إلغاؤه وحلّ محله القانون الدائم رقم 20 لسنة 2005، وحيث أن إعلان إلغاء القانون رقم 26 لسنة 2002 قد نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 2005/8/29 بالعدد رقم 2005/2925 . لهذا وبناءً على ما تقدم فإن اعتماد محكمة استئناف اربد للخبرة الجارية أمامها دون أن تحلف الخبراء القسم القانوني يكون واقعاً في غير محله ومخالفا للقانون ويغدو قرارها حرياً بالنقض..."

- قرار محكمة التميز الأردنية عدد 2006/3242 صادر بتاريخ 01/03/2007 منشور بالموسوعة القانونية الإلكترونية

(3)- أنظر في التمييز بين القواعد الإجرائية المتعلق بالنظام العام وتلك غير المتعلقة به :

- محمد واصل وحسين بن علي الهلالي: الخبرة الفنية أمام القضاء، م، س، ص 176 وما بعد

(4)- وحتى لو تم إحترام جميع القواعد اللازمة لإجراء الخبرة فإن هناك بعض الحالات التي يصرف فيها النظر عن مضمون الخبرة التي تم إجراؤها ولا يتم الالتفات إليها، من بينها الحالة التي تجرى فيها الخبرة ولا يقوم

بها مبدئيا إلا عن طريق الطعن بالتزوير خاصة وأن الخبير لا يباشر مهمته هذه إلا بعد تأديته لليمين القانونية.

فتقرير الخبير حجة في الإثبات بشأن مختلف بياناته المتعلقة بتاريخه وبحضور الخصوم في الدعوى أمامه أو تخلفهم عن ذلك الحضور، وبجميع الأمور المادية التي حققها الخبير والأعمال الشخصية التي أنجزها في حدود المأمورية الفنية أو العلمية التي انتدب من أجلها، ومن غير المعقول قبول شهادة الشهود للتدليل على خلاف تلك البيانات، وقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث انه بعد اطلاع المحكمة على الخبرة وعلى الوثائق المدلى بها ثبت لها بان القسط الحال بتاريخ 2001/7/25 قد سجله الخبير في تقريره بمقتضى الجدول الوارد بالصفحة 8 ضمن الأقساط المؤداة مما يبقى معه ادعاء المستأنف عليها عدم أداء القسط المذكور غير قائم على أساس سليم خاصة وان تقرير الخبرة يعتبر حجة ولا يمكن الطعن فيه إلا بالزور..."[1].

غير أن ما عبر عنه أطراف النزاع من أقوال أو ملاحظات أو مؤاخذات وأثبته الخبير القضائي في التقرير الذي أعده فالراجح أن تكون لمحكمة الموضوع السلطة الكاملة في تقريرها عند تكوين اعتقادها بشأنها[2]، أما بالنسبة لمشاهدات الخبير وآراءه التي تخرج نطاق اختصاصه ولا تمت بصلة بمأموريته يمكن دحضها بكافة وسائل الإثبات.

الشخص الذي طلب إجرائها بإيداع المصاريف، وقد تم النص على ذلك في الفصل 56 من قانون المسطرة المدنية والذي يقابله المادة 85 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث أن الفصل 56 من قانون المسطرة المدنية الفقرة الثانية ينص على انه يصرف النظر عن الإجراء في حالة عدم إيداع هذا المبلغ في الأجل المحدد من طرف القاضي للبث في الدعوى ويمكن رفض الطلب الذي يصدر الأمر بإجراء التحقيق فيه، وحيث وبناء على ذلك فانه يتعين صرف النظر عن الخبرة "

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 1908 الصادر بتاريخ 2000/09/19 (غير منشور)

(1)- قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/2353 والصادر بتاريخ10 /2003/07 (غير منشور)

(2)- وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث إنه بناء على ما أثاره الطاعن من انه يعاني من صعوبات مالية وان بعض دائنيه قد طالبوه بالأداء، ومنهم من تقدم في مواجهته بشكاية، فإن محكمة الاستئناف أمرت بإجراء خبرة عهدت بها للخبير السيد (م) بقصد التأكد من الوضعية المالية والاجتماعية والاقتصادية للطاعن، وحيث إن الخبير المذكور في تقريره المؤرخ في 2004/9/16 صرح بان الطاعن متوقف عن الدفع، وان السبب في ذلك يرجع إلى سوء التسيير وعدم توفره على محاسبة ممسوكة بانتظام مقترحا تصفيته قضائيا، وحيث إن محكمة الاستئناف وبمقتضى قرارها التمهيدي الثاني الصادر بتاريخ 2004/12/17 استبعدت خبرة السيد (م) بسبب عدم موضوعيتها، وخاصة بسبب عدم تحديده لتاريخ التوقف عن الدفع والدوافع والأسباب التي أدت إلى هذا التوقف، واعتماده فقط على تصريحات الطاعن دون تدعيمه بأية حجة، وأمرت بناء على ذلك بإجراء خبرة جديدة..."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/1948 والصادر بتاريخ 2005/5/27 (غير منشور)

ومما لا شك فيه أن ما يتوصل إليه الخبير من نتائج فنية أو علمية ويضمنها في صلب تقريره لا تكون له القوة المطلقة وإنما يحق لأطراف الدعوى دائما إثبات خطئه أو سهوه أو عدم مطابقته للواقع ولهم في ذلك اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات الممكنة وخاصة متى اطمأن قاضي الموضوع إلى ذلك الإثبات[1]، وعمليا كثيرا ما يلجأ المتقاضون في هذا الإطار إلى طلب إجراء خبرة مضادة محاولة منهم لكشف خلاف ما قرره الخبير أو على الأقل إبراز الهفوات والثغرات التي لامست التقرير المنجز والمعترض عليه، والأكثر من ذلك فإنه لا يوجد من يمنع قاضي الموضوع من اللجوء إلى خبرة جديدة، إذا لم يقتنع بالخبرة الأولى وذلك انسجاما مع المقتضيات القانونية المنظمة للنظام القانوني للخبرة[2].

وفيما يتعلق بسلطة المحكمة إزاء تقرير الخبير فيمكن القول بداية أنه يعد دليلا من أدلة الإثبات في الدعوى، لذلك فهو يخضع لتحقيق وتدقيق المحكمة، ويندرج استخلاص ما ضمن به في مجال السلطة التقديرية للقاضي، الذي لا يلزم بتعليل قراره بالاعتماد على الخبرة من عدمه، ولا معقب عليه في ذلك[3]، لكن أخذ المحكمة ينبغي أن ينصرف إلى ما

---

(1)- وقد جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث عقبت المستأنف عليها عن تقرير الخبير مؤكدة بان الإيصالات المستدل بها من طرف المستأنفة لا تتضمن وقوع الأداء وأنها تنازع في تقرير الخبير الذي يفتقر للموضوعية فتؤكد ما جاء في مذكرتها السابقة، وحيث انه بالرجوع إلى تقرير الخبرة والاطلاع على ما يسمى ببيان الاداءات التي قامت بها الشركة المستأنفة يتبين بأن الخبير اعتمد من بينها على إيصالات لا تفيد وقوع الأداء بل أنها مجرد إشعارات بحلول الأجل للقيام بالأداء وحيث إن الخبير عندما اعتمد عليها في خبرته الاستشارية كانت خبرته غير سليمة الأمر الذي يتعين معه استبعادها..."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/4372 والصادر بتاريخ 2005/11/29 (غير منشور)

(2)- وقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث انه استنادا إلى ما تمسك به الطاعنان فقد أصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارا تمهيديا يقضي بإجراء خبرة حسابية لتحديد الدين محل النزاع كلف للقيام به الخبير السيد (ح) وحيث وضع هذا الأخير تقريره بالملف وأوضح فيه بان الرصيد المتبقي على عاتق شركة (ت) في حدود 99/9/30 هو 2.390.518,43 درهم، وحيث نازع الطرفان معا في خبرة السيد (ح) وان كلا منهما اعتبر على أن المديونية التي خلص إليها السيد الخبير في تقريره غير صحيحة مما جعل محكمة الاستئناف التجارية تصدر قرارا تمهيديا ثانيا بقصد إجراء خبرة حسابية جديدة كلف للقيام بها الخبير ."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/109 والصادر بتاريخ 2005/01/10 (غير منشور)

وفي هذا الصدد كذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " يستفاد من تقرير الخبرة أن اختراق مورث المدعين للحدود بصورة غير مشروعة للمنطقة ومخاطر التسلل إلى منطقة عسكرية يجعله يتحمل نسبة عالية من الخطأ الذي أدى إلى قتله، وأن تقرير الخبراء بأن المرحوم يتحمل نسبة 10% من أسباب وموجبات وظروف الحادث لا يستقيم والمنطق القضائي والعقلي وعليه فإن محكمة التمييز ترى أنه كان على محكمة الاستئناف إتباع النقض وإجراء خبرة جديدة بعدد أكبر من الخبراء لأن الخبرة تتقوى بالعدد وذلك ادعى للعدالة.."

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2007/761 والصادر بتاريخ 01/07/2007 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(3)- وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية " أن الخبرة نوع من البينة بناءا على مقتضى الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون البينات والمادة 83 من قانون أصول المحاكمات المدنية وإذ لا رقابة لمحكمة التمييز على محاكم الموضوع فيما تتوصل إليه من نتائج واستخلاصات طالما أنها تصدر في ذلك عن بينة قانونية ثابتة في الدعوى ومستخلصة استخلاصا سائغا ومقبولا..."

يبديه الخبير من أراء واستنتاجات تتصل بخبرته في الواقعة محل النزاع، ولا تتجاوز ذلك إلى ما يبديه الخبير من مشاهدات تخرج عن نطاق مأموريته.

وبالتالي فإن المبدأ القانوني يقضي بأن الخبرة حتى لو جاءت وفقا للقواعد القانونية لا تعدو كونها رأيا استشاريا غير ملزم للقاضي[1] فيمكنه الإعتماد عليها ويمكنه كذلك ألا يعتمد على ما جاء بها، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي من أن يأخذ بجزء من الخبرة ويترك آخر وفقا لما يقتنع به، لأن ذلك يدخل في سلطته الموضوعية، لكن تلك السلطة مرتبطة بوجود الأسباب التي حملت القاضي على الأخذ بجزء من تقرير الخبرة وإهمال الجزء الآخر، وعدم بيان الأسباب في الحكم يخضعه لرقابة محكمة النقض على اعتبار أن ذلك يعد مسألة قانونية وليس مسألة موضوعية[2].

وعلى أي حال فإن الخبرة تعتبر من الوسائل المهمة التي يستطيع الزبون المتعامل مع البنك الاعتماد عليها في سبيل حماية حقوقه، مع غيرها من وسائل الإثبات الأخرى التي نصت التشريعات الحديثة ومن بينها كل من التشريعين المغربي والأردني على إمكانية الأخذ بها في ظل عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، ليتمكن من إثبات حقه أمام القضاء الذي ينظر في الدعوى وفقا للإجراءات القانونية المقررة، ومتى استطاع إلى ذلك سبيلا، أقام القاضي حكمه على الظن الراجح القائم على أسباب سائغة، على نحو يشكل حقيقة قضائية بشكل نهائي.

الفرع الثاني

تسوية النزاع بين البنك والعميل وجزاء المسؤولية

تعتبر الخدمات التي يقوم البنك بتقديمها من المنتوجات الأكثر استهلاكا في مجتمعنا المعاصر، إذ لم يعد البنك متجها باهتمامه وخدماته إلى فئة التجار أو الرأسماليين فقط، لكنه أصبح متجها إلى تقديم خدمات جديدة والقيام بمهام جديدة تهدف إلى استقطاب الودائع والمدخرات والتحكم في الإئتمان الاستهلاكي إلى جانب الإئتمان الاستثماري[3]، وبازدياد

– قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2008/1005 والصادر بتاريخ 01/12/2008 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)– وقد نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 66 من قانون المسطرة المدنية على أنه " لا يلزم القاضي بالأخذ برأي الخبير المعين ويبقى له الحق في تعيين أي خبير آخر من أجل استيضاح الجوانب التقنية في النزاع " ، كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون رقم 45.00 بأنه " يمكن للمحاكم أن تستعين بآراء الخبراء القضائيين على سبيل الاستئناس دون أن تكون ملزمة لها "، وفي مقابل ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة 86 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه " رأي الخبير لا يقيد المحكمة"

(2)– أنظر في ذلك :

– محمد واصل وحسين بن علي الهلالي: الخبرة الفنية أمام القضاء، م، س، ص 230 وما بعد

(3)– أنظر في ذلك :

– عبد السلام المريني : الوديعة النقدية المصرفية في التشريع المغربي والمقارن، م س، ص 49

نشاط البنوك زادت النزاعات التي تقوم بينها وبين المتعاملين معها بنحو متوازي مع توسع نطاق مسؤوليتها المدنية تجاههم.

وقيام الأطراف بتسوية النزاعات بشكل ودي يجنبهم الوقت والمصاريف التي يتطلبها اللجوء إلى حلها بواسطة إحدى وسائل حل النزعات، لكن قد لا يكون هناك بد من اللجوء إلى هذه الوسائل في حالة تمسك كل طرف بموقفه، وسنقوم في هذا الفرع ببحث مختلف وسائل حل تسوية المنازعات التي تنشأ بين البنوك والعملاء بشأن إحدى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني في (المبحث الأول) قبل أن نتطرق لجزاء قيام المسؤولية المدينة الناشئة تلك العمليات في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تسوية المنازعات بين البنوك والعملاء

كان القضاء ولا يزال الآلية الأساسية التي يتم اللجوء إليها لحل مختلف النزاعات التي تقوم بين البنوك وعملائها، لكن ما يلاحظ في الفترة الأخيرة هو إزدياد المعاملات البنكية وتطورها بشكل كبير يسير بشكل موازي مع نمو مضطرد في حجم النزاعات التي تقوم بينها وبين عملائه، ونظرا لكون القضاء أصبح يعاني من كثرة القضايا المطروحة أمامه، فقد ظهرت الحاجة إلى اللجوء إلى آليات قانونية مختلفة تمكن الأطراف من حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، للحد من طول إجراءات التقاضي وكلفته التي لا تتلاءم في بعض الأحيان مع النجاعة والمردودية التي تميز عالم الأعمال.

فلا غرو إذن أن تعرف الوسائل البديلة لحل النزاعات اهتماما متزايدا[1]، وما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذا الاهتمام لم يفقد القضاء أهميته الخاصة ودوره الريادي في حل النزاعات التي تنشأ بين الأطراف في شتى الميادين ومن بينها الميدان البنكي،

(1)- هناك مجموعة متعددة من الطرق البديلة لتسوية النزاعات، تختلف في ظروف نشأتها والبيئة التي تزدهر فيها، وفي مدى نجاعتها في معالجة الخلافات ووضع حد للخصومات، وإصلاح ذات البين بين أطرافها، كما تختلف من حيث الوسائل والآليات المتبعة فيها، وفي مشاركة طرف ثالث محايد فيها، ومدى سلطاته واختصاصاته، وبصفة عامة يمكن تصنيف الوسائل البديلة لحل النزاعات إلى فئتين، أولهما يمكن إعتبارها بمثابة الجيل الأول وتشمل، الصلح، والفتوى وفقه النوازل، والتحكيم، أما الفئة الثانية فتعتبر الجيل الجديد من هذه الوسائل وتشمل الوساطة والمفاوضات والتقييم المحايد والخبرة الفنية والمحاكمة السريعة، للمزيد من الإطلاع حول هذه الوسائل يراجع:

- محمد سلام : الطرق البديلة لتسوية النزاعات ودورها في تخفيف العبء على القضاء وتحقيق التنمية الإجتماعية والإقتصادية، منشور ضمن أعمال الندوة الجهوية الحادية عشر، سلسلة الندوات الجهوية بمناسبة خمسون عاما على تأسيس المجلس الأعلى، الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال إجتهادات المجلس الأعلى، العيون 1و 2 نوفمبر 2007، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007 ، ص 325 وما بعد
- هاني محمد البوعاني : الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية، بحث منشور ضمن أعمال الورشة البحث الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإنفاذ العقود التجارية وإسترداد الديون بالجمهورية اليمنية، صنعاء 20 ديسمبر 2009، ص2 وما بعد

وسنقوم بالبحث في بعض الوسائل البديلة لحل النزاعات البنكية في (المطلب الأول)، قبل التطرق للقضاء كوسيلة أصيلة (المطلب الثاني)

المطلب الأول

الوسائل البديلة لحل المنازعات البنكية

الوسائل البديلة لحل النزاع هي تلك الآليات التي يلجأ إليها الأطراف عوض القضاء العادي عند نشوء نزاع بينهم، بغية التوصل إلى حل له، وتسمى بالبديلة نظرا لأن الأصل هو لجوء الأشخاص إلى المحاكم لحل نزاعاتهم(1)، وقد أصبح اللجوء للوسائل البديلة لحل المنازعات ضرورة ملحة في عصرنا الحالي لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد(2)، وسنقوم في هذا المطلب بدراسة أهم الخيارات المطروحة أمام الأطراف والتي يمكنهم اللجوء إليها لحل نزاعاتهم دون الوصول للقضاء ببحث الوساطة (الفقرة الأولى)، والتحكيم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تقنية الوساطة لفض النزاعات البنكية

تعتبر الوساطة من أهم وسائل حل النزاعات الحديثة التي إبتدعها الفكر القانوني، وتبنتها التشريعات المتطورة في العالم المتقدم تكنولوجيا واقتصاديا بحيث أصبح لها شأن كبير فيها، وهي تستهدف تطويق الخلافات الحالة والمحتملة في إطارها الضيق ومعالجتها معالجة عملية ومنطقية على وجه السرعة بتدخل أو بمساعدة وسيط متخصص(3)، ونظرا

---

(1)- وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " إن الأصل في فض النزاعات هو من اختصاص المحاكم بأنواعها وان اللجوء إليها هو حق لكل مواطن ، وحيث أن المشرع استثنى من هذا الأصل إجازة قيام الإطراف بفض النزاعات بالتراضي أو باللجوء إلى التحكيم ، وان اللجوء إلى التحكيم هو استثناء من القاعدة العامة المشار إليها..."

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2004/2537 والصادر بتاريخ 23/12/2004 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- والحقيقة أن هذه الآليات القانونية المختلفة لا تمثل في حد ذاتها أنظمة حديثة بالمعنى الدقيق، إذ أنها غالبا ما تكون أنظمة كانت معروفة منذ وقت بعيد، لكن الرجوع إليها وإحيائها يتم وفقا لأساليب جديدة تتناسب مع المرحلة الراهنة وتستجيب لحاجيات المجتمع وتطور الحياة، وذلك بعد أن طالها التهميش وتم هجرها سعيا وراء الأنظمة القانونية التي وضعها في غالب الأحيان الإستعمار لمناطق نفوذه بذريعة إدخال إصلاحات حديثة على الأنظمة الإدارية والقضائية، أنظر في ذلك :

- محمد سلام : الطرق البديلة لتسوية النزاعات ودورها في تخفيف العبء على القضاء، م، س، ص 313

(3)- وما يلاحظ أنه في بعض الأحيان قد يحدث خلط بين الوساطة والصلح، وفي هذا الصدد نشير إلى أن وجه الإختلاف بينهما يكمن في كون الصلح يشكل عقدا رضائيا يبرمه الأطراف في الخصومة بإرادتهما الحرة، ويحسمان به نزاعا قائما أو متوقعا بينهما وحتى لو تدخل شخص للقيام بمحاولة الصلح أو كما يسمى التوفيق في هذه الحالة فإن دوره يتمثل في صياغة حل للخلاف المثار بينهما وعرضه عليهم كمقترح لوضع حد للنزاع، بينما الوساطة تقوم على تدخل شخص ثالث في الخصومة للتقريب بين وجهات النظر، فلا يقوم الوسيط بتقديم مقترحات وإنما تتمثل مهمته في توفير الأجواء المناسبة لخلق حوار هادف وتهيئ الظروف وأجواء التواصل بين

للأهمية التي تتحلى بها مؤسسة الوساطة كآلية لحل المنازعات فقد قام كل من المشرعين المغربي[1] والأردني[2] بتفعيل هذه المؤسسة بخصوص النزاعات الناشئة في الميدان المدني.

وتتم عملية الوساطة من خلال مشاركة طرف ثالث محايد (الوسيط) يعمل على تسهيل الحوار بين الطرفين المتنازعين وتقريب وجهات النظر فيما بينهما، وتسهيل التواصل لمساعدتهما في التوصل إلى تسوية مناسبة تحكم النزاع[3]، وهي تعتمد أساسا على نية الأطراف في الوصول لتسوية، فهم في النهاية الذين يصنعون القرار، والوسيط لا يقوم بإصدار أي حكم أو قرار بات في أساس النزاع، وإنما ينحصر دوره فقط في تيسير التواصل والتفاوض بين الطرفين.

الطرفين، والنهاية قد تؤدي إجراءات الوساطة إلى إبرام عقد صلح بين الأطراف، أو تسوية النزاع تسوية جزئية، أنظر:

- رشيد تاشفين : الصلح كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الجهوية الحادية عشر، م، س، ص 188
- دليل إشتراع واستعمال قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، سلسلة نصوص ووثائق، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 147، سنة 2006 ص 130 وما بعد
- أحمد أنوار ناجي : مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.kambota.forumarabia.net

(1)-نظم المشرع المغربي الوساطة بمقتضى الفقرات 55 إلى 69 من المادة 327 من قانون المسطرة المدنية، والمضافة إليه بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الإتفاقية، والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 169-07-1 بتاريخ 30 نوفمبر 2007 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5584 والصادرة بتاريخ 6 ديسمبر 2007 ص 3894، وقد نصت المادة 327-55 منه على أنه "يجوز للأطراف ، لأجل تجنب أو تسوية نزاع ، الاتفاق على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح ينهي النزاع" وقد حددت المادة 327-56 النطاق الذي يمكن إجراء الوساطة بصدده في جميع المعاملات التي يمكن إجراء الصلح عليها.

(2)- قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية رقم 12 لعام 2006 والذي أنشأ بمقتضى المادة الثانية منه إدارة قضائية بمقر محكمة البداية تسمى إدارة الوساطة.

(3)- وفي هذا الصدد عرف بعض الفقه الوساطة على أنها " طريقة طوعية لحل النزاعات الخاصة القائمة بين طرفين أو عدة أطراف يتفقون على وساطة طرف ثالث محايد وموضوع ثقة لإيجاد حل للخلاف القائم بينهم عن طريق الحوار"، بينما يرى فيها البعض الآخر من الفقه " فن إدارة الحوار بذكاء وحرية واحترافية عالية من طرف الوسيط بحضور الفرقاء لخلق الأواصر أو لإعادة صياغة علاقات تسمح بالتعبير عن الرغبات والمصالح التي تخص كل واحد من الفرقاء "، أنظر في هذه التعريفات :

- بنسالم أوديجا : إدماج الوساطة في النظامين القانوني والقضائي بالمغرب، السياق العام، الإشكاليات المطروحة، أي دور للمحامي في التجربة، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الجهوية الحادية عشر، م، س، ص 375
- أحمد إد الفقيه : قراءة في مشروع قانون الوساطة في المغرب، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الجهوية الحادية عشر، س، ص 453

وما تجدر الإشارة إليه أن الوساطة لا تتخذ شكلا واحدا وإنما تنقسم إلى عدة أقسام[1]، وما يلاحظ في هذا الصدد أن التشريع المغربي قام بتنظيم الوساطة البسيطة أو كما سماها الوساطة الإتفاقية[2]، بينما إعتمد المشرع الأردني نظام الوساطة القضائية[3]، ووجه الإختلاف بين كل منهما أن الوساطة البسيطة تقوم على إتفاق بين الأطراف لتحديد وسيط يقوم بالتقريب بين وجهات النظر قبل قيام النزاع بينهم أو بعده، أما الوساطة القضائية فمن غير الممكن أن تكون بموجب إتفاق مسبق بين الأطراف، وما يحدث فيها أنه عند لجوئهم للمحكمة لحل نزاع بينهم يعرض عليهم القاضي قبل النظر في النزاع باللجوء بداية للوساطة.

والوساطة في التشريع المغربي يقوم من خلالها أطراف النزاع باللجوء لطرف ثالث بهدف التوفيق بينهما للتوصل إلى صلح يحسم النزاع بينهما، لهذا فهي قبل كل شيء تعتبر من التصرفات القانونية التي تستلزم توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، يتمثل في إعراضهما عن اللجوء للقضاء وتصعيد الخصومة بينهما وما يستتبع ذلك من مصاريف وإجراءات بهدف التوصل إلى صلح، وبما أن الصلح يمكن إبرامه لغاية حسم نزاع قائم أو

---

(1)- وهناك الوساطة البسيطة والتي يتفق بموجبها الأطراف على قيام شخص يعينونه بمهمة التقريب بين وجهات نظر المتنازعين، وهناك الوساطة تحت شكل القضاء الصوري والذي يتم فيه تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضمن وكلاء عن أطراف النزاع وذلك للوصول إلى حل مقبول للطرفين، وهناك كذلك الوساطة الاستشارية والتي يطلب فيها أطراف النزاع من محامي أو خبير استشارته أولا في النزاع المطروح ثم يطلبون منه التدخل كوسيط لحل النزاع، وهناك وساطة التحكيم وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة، وأخيرا هناك الوساطة القضائية وهي المعمول بها في النظم الإنجلوسكسونية حيث تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض إقتراح على الأطراف باللجوء إلى الوساطة ، أنظر في أنواع الوساطة:

- أحمد أنوار ناجي : مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، م، س، ص 10 وما بعد

(2)- والمشرع المغربي أطلق صفة الإتفاقية على الوساطة التي قام بتنظيمها والحقيقة أن هذه الصفة لا تضيف شيئا على مفهومها إذ أن الوساطة بشتى أنواعها إتفاقية حتى القضائية منها لا يجوز اللجوء إليها إلا بإتفاق الأطراف، وقد عرف المشرع المغربي إتفاق الوساطة في المادة 327-56 على أنه " العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد"

(3)- ويرى البعض في هذا الصدد أن الوساطة في التشريع الأردني تنقسم إلى ثلاثة أنواع، وساطة قضائية يباشرها في القضايا البدائية والصلحية قضاة الوساطة، وساطة خاصة تباشر في القضايا البدائية والصلحية من طرف وسطاء خاصون، ووساطة اتفاقية يباشرها وسيط متفق عليه بين الأطراف، ونحن لا نتفق مع هذا الرأي في وجود هذه الأنواع من الوساطة في التشريع الأردني فالعبرة كون الوساطة قضائية أن الأطراف لا يمكنه اللجوء للوساطة وفق المسطرة والإجراءات التي حددها القانون إلا بعد لجوئهم إلى القضاء لحل النزاع القائم بينهم، فيقوم القاضي المختص بإقتراح لجوئهم إلى الوساطة قبل حسم النزاع، وحتى في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على اللجوء للوساطة فيما بينهم بعد وصولهم إلى المحكمة فإن ذلك يتطلب موافقة القاضي، لكن هذا الأمر لا يعني أنه من غير الممكن إجراء الوساطة دون رجوع الأطراف إلى القضاء، فمن الممكن أن يقوموا بداية بإجراء إتفاق بينهم للوساطة وهذا الإتفاق يخرج من دائرة تطبيق القانون المتعلق بالوساطة لتسوية النزاعات، وكل ما في الأمر أن الوسيط بمقتضى هذا القانون يمكن أن يكون قاضيا من قضاة البداية أو الصلح والذين يختارهم محكمة البداية للمدة التي يحددها، أو الوسطاء خصوصيون فيتم إختيارهم من طرف المجلس القضائي من بين القضاة المتقاعدين والمحامين والمهنيين وغيرهم من ذوي الخبرة المشهود لهم بالحيدة والنزاهة، أو أي وسيط آخر يختاره الأطراف بموافقة القاضي، أنظر في الرأي السابق :

- بنسالم أوديجا : إدماج الوساطة في النظامين القانوني والقضائي بالمغرب، م، س، ص 395

محتمل[1]، فإن إتفاق الوساطة قد يكون بصدد نزاع قائم أو محتمل كذلك[2]، والفيصل بين هذه الحالات أن المطالبة القضائية تكون قائمة في النوع الأول، بينما لا يصبح النزاع محتملا إلا إذا كانت المطالبة القضائية ممكنة.

والمشرع المغربي إذ أطلق على الوساطة صفة الإتفاقية فقد أعطى لأطراف العلاقة حرية واسعة ومرونة كبيرة في تحديد كيفية إبرام إتفاق الوساطة، فيمكن لهم اختيار التوقيت المناسب لذلك، بحيث يستطيعون التنصيص منذ البداية على ضرورة اللجوء للوساطة عند حدوث أي نزاع في المستقبل بين الأطراف على شكل بند في العقد الذي ينظم العلاقة فيما بينهما[3]، كما يمكن لهما إبرام إتفاق الوساطة بعد قيام النزاع فيما بينهما ليأخذ شكل عقد مستقل عن العلاقة[4]، بل إنه يمكن لهما الإتفاق على الوساطة حتى بعد عرض النزاع على المحكمة وأثناء سريان المسطرة بشأنه، وعندئذ يجب على القضاء أن يوقف سير الإجراءات القضائية إلى حين انتهاء مسطرة المصالحة[5].

---

(1)- أنظر في ذلك :
- خالد وردي : الصلح في العمل البنكي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين لشق، الدار البيضاء، السنة الدراسية 1998-1999 ص 5 وما بعد
- حسن الفكهاني : التعليق على قانون الإلتزامات والعقود المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الدار العربية للموسوعات، بدون مكان نشر، الجزء السادس، 1993، ص 670
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي ترد على الملكية، م، س، ص 510

(2)- أما في التشريع الأردني فإن نظام الوساطة لفض النزاعات المدنية يقتضي أن يكون النزاع حال، ولا يمكن إجرائها على النزاع المحتمل لأنها تتطلب رفع النزاع على القضاء.

(3)- وفي هذه الحالة يسمى شرط الوساطة وقد جاء في المادة 327-57 من قانون المسطرة المدنية " يمكن التنصيص عليه في الاتفاق الأصلي ويسمى حينئذ شرط الوساطة"، وقد عرفته لمادة 327-61 من نفس القانون على أنه " شرط الوساطة هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على الوساطة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور"

(4)- وهو ما يطلق عليه عقد الوساطة حيث جاء في المادة 327-57 من قانون المسطرة المدنية " يمكن إبرام اتفاق الوساطة بعد نشوء النزاع ويسمى حينئذ عقد الوساطة... يمكن إبرامه في أثناء مسطرة جارية أمام المحكمة وفي هذه الحالة يرفع إلى علم المحكمة داخل أقرب الآجال ويترتب عليه وقف المسطرة"، والذي عرفه المشرع المغربي في المادة 327-59 من نفس القانون على أنه " عقد الوساطة هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع ناشئ بعرض هذا النزاع على وسيط، يمكن إبرام العقد المذكور ولو أثناء دعوى مرفوعة أمام المحكمة"، وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن المشرع المغربي قام بإيراد العديد من التعريفات ضمن القانون السابق وإطلاق صفات مختلفة لفكرة الوساطة فتارة يصفها إتفاق ويضع لها تعريفا منفرد وتارة شرط وتارة عقد، والحقيقة أنه كان على المشرع تجاوز مثل هذه الشكليات والإكتفاء بتنظيم الأحكام العامة للوساطة لأن التعريفات تبقى إختصاصا أصيلا للفقه والقضاء، أنظر في نفس التوجه :
- أحمد إد الفقيه : قراءة في مشروع قانون الوساطة في المغرب، م، س، ص 453

(5)- وفي حالة رفع النزاع على المحكمة قبل السير في إجراءات الوساطة فإنه يحق للطرف صاحب المصلحة التمسك بوجود إتفاق للوساطة وفي هذه الحالة فإن القاضي يصرح بعدم قبول الدعوى إلا إذا كان الإتفاق باطلا لسبب ما فعندئذ يجوز للقاضي النظر في النزاع، وكذلك في الحالات التي لا يكون فيها النزاع قد عرض بعد

أما بالنسبة للوساطة القضائية في التشريع الأردني فتعتبر أكثر تقييدا للأطراف من حيث إمكانية اللجوء إليها، حيث أن إجراءاتها لا تبدأ إلا بعد عرض النزاع على القضاء الذي يقوم بإحالته على الوساطة، لكن ذلك لا يعني أن اللجوء إلى الوساطة يعتبر إجراءا إلزاميا يجب على الأطراف استنفاذه قبل إستكمال إجراءات التقاضي، فالحال هنا كما في الوساطة الإتفاقية يقتضي توافق الأطراف على اللجوء إليها، وكل ما يفعله القاضي في الوساطة القضائية هو إحالة النزاع على الوساطة سواء بطلب من الأطراف أو بإقتراح من القاضي وموافقتهم.

ويظهر الإختلاف بين نظامي الوساطة القضائية والإتفاقية أكثر وضوحا بخصوص كيفية اختيار الوسيط الذي يتولى مهمة التقريب بين أطراف النزاع، ففي الوساطة الإتفاقية للأطراف مطلق الحرية في اختياره ولم يحدد المشرع المغربي أي معايير بخصوص ذلك، وكل ما يستلزم في هذا الصدد أن يقوم الأطراف بتحديده في إتفاق الوساطة أو أن يتم تحديد كيفية القيام بذلك في حالة نشوب النزاع، أما بالنسبة لنظام الوساطة القضائية فإن تحديد الوسيط يتم بواسطة القاضي[1] الذي يختاره من بين قضاة الوساطة أو الوسطاء الخصوصيين، وحتى في الحالة التي قد يتم فيها التوافق بين طرفي النزاع على تحديد وسيط معين غير الأشخاص السابق ذكرهم، فإن إحالة النزاع عليه يستلزم موافقة القاضي على ذلك[2].

لكن المرونة التي يتمتع بها نظام الوساطة الإتفاقية والحرية الكبيرة الممنوحة للأطراف فيها لا تمثل بالضرورة عنصرا إيجابيا لطرفي العلاقة، فإذا كان من مصلحة

على الوسيط، وفي كلتا الحالتين لا يجوز للمحكمة أن تصرح بعدم القبول من تلقاء نفسها فهذا الحق مقرر لمن له مصلحة(المادة 327-64 من قانون المسطرة المدنية).

(1)- نصت المادة 3/أ من قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية على أنه " لقاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح وبعد الاجتماع بالخصوم أو وكلائهم القانونيين إحالة النزاع بناء على طلب أطراف الدعوى أو بعد موافقتهم إلى قاضي الوساطة أو إلى وسيط خاص لتسوية النزاع وديا وفي جميع الأحوال يراعي القاضي عند تسمية الوسيط اتفاق الطرفين ما أمكن"، ولا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى أن إدارة الدعوى المدنية هي عبارة عن نظام إستحدثه المشرع الأردني في محكمة بداية عمان عام 2002 كخطوة أولى لتعميم الفكرة على بقية محاكم البداية في مختلف مناطق المملكة، ويتلخص مبدأ إدارة الدعوى المدنية بالسيطرة المبكرة على الدعوى القضائية من خلال وضعها منذ تقديمها تحت إشراف قاضي بداية يتولى مراقبة جميع إجراءاتها، بما في ذلك صحة عملية تسجيل الدعوى، وإجراءات تبادل اللوائح، والتبليغ، واستكمال البيّنات.. ومن ثم الاجتماع مع الخصوم، وحصر نقاط الاختلاف والاتفاق، وتحديد جوهر النزاع، وتقديم تقرير بذلك مع محضر الجلسة إلى قاضي الموضوع الذي سيتولى نظر وفصل القضية، وتهدف إدارة الدعوى المدنية إلى اختصار الإجراءات الإدارية والقضائية التي كانت تؤخر فصل الدعاوى، وتضطر قاضي الموضوع إلى تأجيل الجلسات مرة بعد مرة لإتمام هذه الإجراءات، وقد تم إدماج النصوص المتعلقة بهذه الإدارة ووظائفها ضمن قانون أصول المحاكمات المدنية.

(2)-ونصت المادة 3/ب من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية على أنه " لأطراف الدعوى بموافقة قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح الاتفاق على حل النزاع بالوساطة وذلك بإحالته إلى أي شخص يرونه مناسبا، وفي هذه الحالة يحدد الوسيط أتعابه بالاتفاق مع أطراف النزاع، وفي حال تسوية النزاع وديا يسترد المدعي الرسوم القضائية التي دفعها"

الطرفين اللجوء إليها نظرا لبساطة وسرعة إجراءاتها بحيث تمكنهما من إستخلاص حقوقهما في أقرب الآجال[1]، فإن القوة الإقتصادية التي يتمتع بها البنك في مواجهة عملائه قد تكون عاملا مؤثرا على مضمون إتفاق الوساطة بحيث يحقق مصلحة أحد الأطراف على حساب الآخر.

ويتضح ذلك من خلال الإطلاع على نظام الوساطة الخاص بالمنازعات البنكية الذي بدأ العمل به في المغرب عام 2009[2]، حيث يتم تعيين الوسيط من طرف لجنة الوساطة البنكية التي تتكون من رؤساء البنوك وبعض شخصيات المجتمع المدني الذين لا علاقة لهم بالبنوك، وهذا الوسيط يكون له ممثلون لدى جميع البنوك يتم اختيارهم من طرف كل بنك على حدة من بين مستخدميه[3]، ولا شك أن مثل هذا المقتضى يفقد عملاء البنوك

---

(1)- ولعل نظام الوساطة الإتفاقية التي قام المشرع المغربي بتنظيمها يفتح الباب واسعا للبنوك لإستغلال الثغرات الموجودة فيه لكي تحقق مصالحها، فالبنوك لا تستفيد كالمؤسسات العامة من إمتيازات مهمة في مجال إستخلاص الديون كالمساطر المنصوص عليها في مدونة إستخلاص الديون العمومية، ولا مساطر خاصة سريعة كالتي تستفيد منها مؤسسات القرض التابعة للدولة، وبناءا على ذلك فإنها تجد نفسها مجبرة على إستخلاص ديونها كشخص عادي، ولجوء البنك للقضاء يجعله يربط إستخلاص دينه بالإجراءات المعقدة والطويلة، الشيء الذي يؤدي إلى تعلق إستخلاصها إلى حين إنهاء تلك المساطر، والحقيقة أن البنوك قد تجد في فكرة الوساطة ضالتها المنشودة، أنظر:

- عز الدين بنستي : بعض تجليات التسوية الودية في المادة التجارية، منشور في أعمال الندوة الجهوية الحادية عشر، م، س، ص 423
- خالد وردي : الصلح في العمل البنكي، م، س، ص 13

(2)- حيث تم إبرام إتفاق بين البنوك وعلى رأسها بنك المغرب والمجموعة المهنية للبنوك، وتمخض عن هذا الاتفاق إنشاء وساطة خاصة بالمعاملات البنكية، في نطاق قانون المسطرة المدنية، وتقرر خلق آلية للوساطة البنكية خاصة بالمعاملات البنكية، كما تم إعداد ميثاق أخلاقي وأنجز نظام أساسي للوساطة وعين وسيط في أكتوبر 2008، وبدأ الوسيط يشتغل بتنسيق مع بنك المغرب والمجموعة المهنية للبنوك، وتمت الموافقة على الميثاق الأخلاقي والقانون الأساسي لنظام الوساطة، وانطلق العمل رسميا بهذا النظام في 7 دجنبر 2009، أنظر في هذا الصدد :

- حوار مع محمد العلوي القاسمي الوسيط البنكي، أجرته صحيفة الصباح المغربية يوم الخميس الموافق 23 ديسمبر 2010 ، منشور في الموقع الإلكتروني لجريدة الصباح www.assabah.press.ma

(3)- عين الوسيط من طرف لجنة الوساطة البنكية التي تتكون من رؤساء البنوك وشخصيات من المجتمع المدني الذين لا تربطهم أي علاقة بالبنوك، في البداية كانت اللجنة تضم ثلاثة رؤساء بنوك وممثل عن بنك المغرب وخمسة أشخاص محايدين، ويرأس اللجنة والي بنك المغرب، ويقدم الوسيط البنكي تقريرا سنويا حول حصيلة تدخلاته لهذه اللجنة، ويتوفر الوسيط البنكي على ممثل في كل مؤسسة بنكية يتم اختياره من طرف البنوك من بين مستخدميها إضافة إلى نائب عنه في حال تغيبه، وتجدر الإشارة إلى أن الوسيط يتمتع بالاستقلالية التامة في مزاولة المهمة التي كلف بها. ويتوفر الوسيط على صلاحيات في ما يتعلق بالملفات التي تعادل أو تقل عن 100 ألف درهم، إذ أن قرارات الوسيط في هذه الملفات تكون ملزمة للبنوك ولا تقبل الطعن، وفي ماعدا هذا، فإن الوسيط يدرس الملفات التي تفوق هذا المبلغ، ولكن قراراته تظل مشروطة بالتوافق بين الطرفين، علما أن غاية الوساطة هي إصلاح ذات البين ونزع فتيل النزاع، ما يمكن من استمرار العلاقة بين الطرفين.

- حوار مع محمد العلوي القاسمي الوسيط البنكي، أجرته صحيفة الصباح المغربية يوم الخميس الموافق 23 ديسمبر 2010، م، س.

الثقة في نظام الوساطة، فالمفترض في الوسيط أن يكون محايدا حتى يستطيع التقريب بين وجهات نظر الأطراف وأن لا يغلب مصلحة أحدهم على الآخر.

ومبدأ حيادية الوسيط يعتبر من أهم عناصر الثقة في أسلوب الوساطة لحل المنازعات البنكية(1)، فهذا المبدأ هو الذي يعطي للوسيط مصداقيته لدى الطرفين المتنازعين، وحتى يستطيع القيام بدور إيجابي للتوفيق بينهما فإنه يجب أن لا يكون تابعا أو ذو معرفة سابقة لأحد الطرفين، لهذا فبما أن توافق الأطراف على إختيار الوسيط يعتبر عماد فكرة الوساطة الإتفاقية، يجب أن لا يكون البنك قادرا على التأثير في خيار العميل المتمثل في إختيار الوسيط الذي يراه ملائما لحل النزاع.

وبما أن الوسيط له دور كبير ومحوري في إنهاء النزاع القائم بين البنك والعميل، فإنه عادة ما يتطلب أن يكون ذو خبرة في طبيعة النزاعات التي يتوسط فيها، حتى يستطيع القيام بدور على أكمل وجه، كما يفترض فيه أن يكون ذو مقدرة على الحوار والإقناع(2)، بحيث يعطي كل طرف الفرصة للتعبير عن وجهة نظره، ومن ثم يقوم بمساعدة الأطراف على تحديد حاجاتهم ومصالحهم الفعلية، ومساعدتهم على إيجاد الأهداف المشتركة، وهو بذلك لا يصنع القرار، وإنما يستخدم مجموعة من المهارات التي تعزز قدرة الأطراف على التفاوض وصولا إلى تسوية مرضية لهم.

وتجدر الإشارة إلى أن الوسيط لا يتقيد بأي شكليات قانونية سواء تعلق الأمر بقانون الشكل أو الموضوع(3)، أو بأية وسيلة من وسائل الإثبات، بل يمكن له أن يناقش مع

---

(1)- أنظر في ذلك :
- أحمد إد الفقيه : قراءة في مشروع قانون الوساطة في المغرب، م، س، ص 465
- محمد سلام : الطرق البديلة لتسوية النزاعات ودورها في تخفيف العبء على القضاء، م، س، ص 343
- عمر الجازي : الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات، والمنعقدة بجامعة اليرموك، إربد، 28 ديسمبر 2004 ص 4
- محمد النقاش : الوساطة في المادة المصرفية في القانون التونسي، ملتقى الوساطة المدنية، المنعقد بمركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل وحقوق الإنسان التونسية، تونس 15 و 16 يونيو 2009 ، ص 5

(2)- أنظر في ذلك :
- محمد النقاش : الوساطة في المادة المصرفية في القانون التونسي، م، س، ص 9 وما بعد
- بنسالم أوديجا : إدماج الوساطة في النظامين القانوني والقضائي بالمغرب، م، س، ص 389
- عمر الجازي : الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، م، س، ص 3

(3)- أنظر في ذلك :
- أحمد إد الفقيه : قراءة في مشروع قانون الوساطة في المغرب، م، س، ص 463
غير أنه توجد بعض الشكليات والإجراءات التي يتقيد بها الوسيط ، فعل سبيل المثال نص كل من التشريعين المغربي والأردني على وجوب إن تتم إجراءات الوساطة بشكل سري وان يحفظ الوسيط السر المهني، كم أنه لا يمكن الاحتجاج بأي شيء ورد في جلسات الوساطة في أي قضية أو محكمة، أنظر في ذلك الفصل 327-66 من قانون المسطرة المدنية والمادة 8 من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية الأردني، كما نص كلا التشريعين أنه يجب على الوسيط إتمام المهمة المنوطة به داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر مع إمكانية تمديده بإتفاق الأطراف في التشريع المغربي (الفصل 327-65 من قانون المسطرة المدنية المغربي والمادة 7/أ من

الطرفين الجوانب الإجتماعية والإقتصادية وحتى الإنسانية المحيطة بالنزاع، وله أن يوجه الأسئلة التي يراها مفيدة، وأن يقوم بما يضمن له التقريب بين وجهات النظر ودفع الأطراف لحل ودي، وله أن يستعين بمختلف الإجراءات من سماع شهود وإجراء الخبرة وغيرها مما يعتبر ضروريا لمعرفة طبيعة النزاع[1].

وفي حالة التوصل إلى إجراء صلح وتسوية النزاع فإنه يتم توقيعها من طرف الأطراف، ويكتسي بذلك الصلح قوة الشيء المقضي به وفقا للتشريع المغربي، أما في التشريع الأردني فيجب تقديم التقرير الذي يتضمن التسوية الكلية أو الجزئية للقضاء حتى يقوم بالتصديق عليها ليتم إعتباره بمثابة حكم قطعي غير قابل للطعن، وإذا لم يتوصل الوسيط إلى حل للنزاع القائم بين الأطراف فإنه الوسيط يقوم بتسليم الوثيقة التي تثبت عدم وقوع الصلح للأطراف وفقا للتشريع المغربي[2]، بينما يقوم بتسليم التقرير الذي يذكر فيه عدم التوصل إلى تسوية إلى القضاء وذلك التشريع الأردني [3].

الفقرة الثانية : التحكيم في المنازعات البنكية

يعتبر التحكيم من أقدم الوسائل التي اكتشفها الإنسان وأعتمدها في فض النزاعات[4]، وقد تطور ليصبح إحدى أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات وأكثرها إنتشارا في وقتنا الحالي، وقد تزايد الإهتمام به في جميع التشريعات الحديثة ومن طرف الفاعلين الاقتصاديين والخبراء القانونيين على السواء[5]، لهذا فقد أصبح من مظاهر وضرورات

قانون الوساطة الأردني)، وبما أن الوساطة في التشريع الأردني قضائية فإن هناك المزيد من الشكليات التي يجب التقيد بها من قبيل ما نصت عليه المواد 5 و 6 من قانون الوساطة الأردني.

(1)- وقد نصت الفصل 327-68 من قانون المسطرة المدنية على أنه " يجوز للوسيط أن يستمع إلى الأطراف وأن يقارن بين وجهات نظرهم لأجل تمكينهم من إيجاد حل للنزاع القائم بينهم، يجوز له بعد موافقة الأطراف ولما تستلزمه الوساطة الاستماع إلى الأغيار الذين يقبلون ذلك. يجوز له بعد موافقة الأطراف القيام أو العمل على القيام بكل خبرة من شأنها أن توضح النزاع....". أما المادة 6 من قانون الوساطة الأردني فقد نصت على أنه " يقوم الوسيط بتحديد موعد كل جلسة ويبلغ أطراف النزاع أو وكلائهم بموعدها ومكان انعقادها ويجتمع بأطراف النزاع ووكلائهم ويتداول معهم بموضوع النزاع وطلباتهم ودفوعهم وله الانفراد بكل طرف على حده، ويتخذ ما يراه مناسبا لتقريب وجهات النظر بهدف الوصول إلى حل ودي للنزاع، ويجوز له لهذه الغاية إبداء رأيه وتقويم الأدلة وعرض الأسانيد القانونية والسوابق القضائية وغيرها من الإجراءات التي تسهل أعمال الوساطة"

(2)- أنظر الفصل 327-68 وكذلك الفصل 327-69 من قانون المسطرة المدنية

(3)- أنظر المواد 7 و 9 من قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية الأردني

(4)-واللجوء إلى التحكيم كآلية لحل المنازعات معروف منذ القدم، فقد عرفه المجتمع الروماني واليوناني قبل الميلاد، وكذلك الشعوب العربية قبل ظهور الإسلام، وقد أكدته أيضا الشريعة الإسلامية السمحاء، حيث جاء في قوله تعالى " وإن خفتم شِقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً " (سورة النساء الآية رقم 35).

(5)- وتجدر الإشارة إلى أنه تم نسخ أحكام الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية بموجب القانون رقم 08.05 والذي سبقت الإشارة إليه والذي قام بتنظيم التحكيم والوساطة الإتفاقية ضمن نصوص قانون المسطرة المدنية في المواد من 306 إلى 327-70، أما في التشريع الأردني فقد نظم المشرع التحكيم بقانون رقم 31 لسنة 2001، الجريدة الرسمية عدد 4496 والصادرة بتاريخ 2001/7/16 ص 2821

العصر بالنظر للأهمية الكبيرة التي يكتسيها في المعاملات والعقود التجارية خاصة الدولية منها.

وقد وضعت العديد من التعريفات لبيان المقصود بالتحكيم، فقد عرفه بعض الفقه[1] على أنه "الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"، بينما عرفه البعض الآخر[2] على أنه "نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها"، وعلى العموم فإن معظم التعريفات التي قيلت لا تخرج عن اعتبار التحكيم اتفاقا بين الأطراف على حل النزاع القائم أو الذي سيقوم من قبل شخص أو أشخاص يتم اختياره أو اختيارهم لهذا الغرض[3].

(1)- أنظر في ذلك:
- إياد محمود بردان : التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى، 2004، ص 5

(2)- أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة 1981، ص19
وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي عرف التحكيم في الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية بقوله " يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على إتفاق تحكيم"، أما المشرع الأردني فلم يقم بوضع تعريف له.

(3)- وينقسم التحكيم إلى عدة أنواع فهناك تحكيم داخلي ودولي، ويقصد بالتحكيم الداخلي الذي يرتبط بعلاقة وطنية داخلية تهم المصالح التجارية والمدنية الوطنية، أما التحكيم الدولي فهو الذي يتعلق بإحدى النزاعات ذات الطابع الدولي ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع المغربي ميز بين نوعي التحكيم الداخلي والدولي حيث خصص الفصول 306 إلى 38-327 من قانون المسطرة المدنية للتحكيم الداخلي بينما خصص الفقرات 39 إلى 54 من الفصل 327 للتحكيم الدولي، أما المشرع الأردني فلم يميز في تنظيمه لتحكيم بين ما هو دولي وداخلي إلا بخصوص بعض المسائل التي تستدعي ذلك، كما أن هناك تحكيما اختياريا وإجباريا، وبالإضافة إلى ذلك هناك التحكيم الخاص والتحكيم المؤسساتي، وأخيرا هناك التحكيم الوطني والأجنبي، أنظر:
- بوبكر بودي: معيار التفرقة بين التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور ضمن أعمال ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية، 5 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد 7 سنة 2005 ص13
- طارق مصدق : دراسة في أهم المبادئ العامة للتحكيم التجاري، ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، م، س، ص 213
- شمس الدين عبادتي : التحكيم المؤسسي في المغرب، أعمال ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، م، س، ص 233
- عبد الكريم الطالب: التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربي، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد الثاني، دجنبر 2000، ص10
- عبد الله درميش: التحكيم في المواد التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الدراسية 1982-1983، ص22 وما بعد
- شعيبي المذكوري: خصوصية التحكيم الدولي في المادة التجارية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 72، دجنبر 1994، ص78
- فريد أوسي : تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب بين مقتضيات القانون الدولي الإتفاقي والقانون الداخلي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا،كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 1998-1999، ص 121

من ذلك يستنتج أن الرضائية تعتبر الخاصية الأساسية للتحكيم، مما يدفع إلى القول أنه بما أن مصدره هو الرضائية فإنها تكون كذلك أساس إلزاميته بالنسبة للأطراف الذين يتفقون على اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل النزاع القائم أو الذي سوف يقوم بينهم[1]، وهو في ذلك يتفق مع الوساطة فكلاهما لا يعد طريقا إلزاميا لحل النزاع وإنما اختياريا، وإرادة الأطراف في ارتضاء التحكيم كما هو الشأن في الوساطة الإتفاقية تأتي على شكلين أولها، ضمن عقد من العقود وتكون أحد مقتضياته وبنوده ويسمى شرط التحكيم[2]، وثانيها ضمن عقد مستقل يسمى عقد التحكيم[3].

(1)- فالتحكيم أساسه إتفاق الأطراف وتعاقدهم بشكل صريح على إختيار نظام التحكيم كإطار لحل خلافاتهم القائمة أو المحتملة، وقد أكد المجلس الأعلى على مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النازعات في قرار له جاء فيه "حيث انه بالرجوع إلى المقال الافتتاحي للدعوى يتبين أن المطلوب في النقض أوضح بان الطاعنة امتنعت عن تنفيذ العقد الذي أبرمته معه بحيث لم يقم بسديد ما التزمت به لفائدته مما دفع به اللجوء إلي القضاء مطالبا بفسخ هذا العقد....لكن حيث انه بالرجوع إلى الفصل 8 من هذه الاتفاقية والذي يشترط اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع في تنفيذ هذا الاتفاق ....يتبين أن الطرفين اتفقا على إسناد الأمر أولا إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع بشان تنفيذ العقد، والعقد شريعة المتعاقدين حسب الفصل 230 من قانون الإلتزامات والعقود، ومحكمة الاستئناف عندما قبلت الدعوى الذي تقدم بها الطاعن إلى القضاء متجاوز شرط التحكيم الذي التزمت به تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض"

- قرار صادر بتاريخ 13-2-2002 أشار إليه طارق مصدق : دراسة في أهم المبادئ العامه للتحكيم التجاري، م، س، ص 5
- الشعيبي المذكوري: الإتفاق على التحكيم في قانون المسطرة المدنية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 74، أبريل 1995، ص42
- عبدالاله البرجاني : التحكيم، ذلك التقاضي بالتراضي ،المجلة المغربية للإقتصاد والقانون المقارن ، عدد 20 ، 1993 ، ص 71

(2)- وقد جاء في الفصل 316 من قانون المسطرة المدنية أن " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور"، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن الإرتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي الذي يتم إدراجه فيه هو إرتباط وظيفي لا أكثر، حيث إن بطلان العقد الأصلي لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم (الفصل 318 من قانون المسطرة المدنية والمادة 22 من قانون التحكيم الأردني)، وأهمية استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه تكمن في الرغبة في تحقيق الاقتصاد في الوقت والإجراءات، إذ أن ارتباط شرط التحكيم وجودا أو عدما بالعقد الأصلي الذي يتضمنه يترتب عليه عدم إمكانية السير في إجراءات التحكيم حتى يفصل القضاء الوطني في المنازعات المتصلة باختصاص هيئة التحكيم، أو بانعدام ولايتها وبعبارة أخرى ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي يؤدي إلى رفع يد المحكم عن التحكيم بمجرد أن يطرح أي طرف عدم صحة العقد الأساسي، ويصبح المحكم عندئذ ملزم بإعلان عن عدم صلاحيته لأن الموضوع المطروح أمامه يجعله في وضع ينظر في آن واحد في صحة العقد الأصلي وفي صحة شرط التحكيم الوارد فيه، إذ من غير المقبول أن يفصل المحكم في صحة عقد هو مصدر سلطته، أنظر:

- فاطمة الدحاني : نطاق اثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص، مقال منشور بمجلة القانون المغربي،العدد11،سنة2007،ص113

(3)- وقد جاء في الفصل 314 من قانون المسطرة المدنية أن" عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكمية"، ولكي يقوم التحكيم كنظام لفض المنازعات التي تنشأ بين الأفراد يجب توافر شروط متعددة، فيشترط في طالب التحكيم إن كان شخصا طبيعيا أو إعتباريا أن يكون أولا متمتعا بأهلية الأداء أو التصرف، وأن يملك ثانيا سواء كان شخصا طبيعيا أو إعتباريا سلطة التصرف في الحقوق محل النزاع (الفصل 308 من قانون المسطرة المدنية والمادة 9 من قانون التحكيم الأردني) إضافة إلى

ويكمن معيار التفرقة الأساسي بين التحكيم والوساطة[1] في القوة الإلزامية التي تميز قرار المحكم وخاصة عندما يتم تذييل مقرره التحكيمي بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء، فالدور الذي يقوم به المحكم يشبه تماما دور القاضي فهو يفصل في النزاع ويضع حلا له، ولا يقوم كالوسيط بدور المحايد الذي يحاول فقط التقريب بين وجهات النظر حتى يصل الأطراف لحل نزاعهم بنفسهم بطريقة ودية، لهذا فإن التحكيم نوع من القضاء الخاص بكل ما تحمله الكلمة من معنى، بحيث أن حكم التحكيم الذي يسمى بالمقرر لتمييزه عن الأحكام التي تصدرها المحاكم يؤول تبليغه وتنفيذه إلى القانون الإجرائي العادي الذي تخضع له الأحكام القضائية، لكن التساؤل المطروح في هذا الصدد ما الذي يمكن أن يوفره التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بين البنوك وعملائها؟

بصدد الإجابة عن التساؤل السابق يلاحظ أن الفقه يفيض في بيان خصائص التحكيم كوسيلة حديثة لحل المنازعات وما يميزه عن القضاء، فهو يوفر السرعة والمرونة على عكس القضاء، فالقضايا تترجم إلى زمن يستغرقه نظرها والفصل فيها، والزمن بالنسبة إلى البنك هو نقود لأنه يتحول لديه إلى عوائد استثمار يجنيها – أو يجني أكثرها – ويعود باقيها إلى عملائه ومساهميه فليس من المعقول أن تقيم البنوك دعواها أمام القضاء وطريق التحكيم متاح أمامها، حيث تنجز المهمة المعهود بها إلى المحكمين في شهور معدودة لا في سنين عديدة[2]، كما أن إجراءات التحكيم تكون سرية فلا يحضرها إلا الخصوم أو ممثليهم والمحكمون أنفسهم، وهذه السرية تتناسب مع معاملات البنوك بوجه

ذلك هناك شروط متعلقة بشكل التحكيم سواء كان بخصوص شرط التحكيم حيث لا بد من أن ينص على تعيين المحكم أو كيفية تعينه وإلا أعتبر باطلا (الفصل 317 من قانون المسطرة المدنية) أما في التشريع الأردني فإن إختيار المحكمين أمر جوازي لا يترتب على غيابه البطلان (المادة 16 من قانون التحكيم)، أما بخصوص عقد التحكيم لابد من توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية، وتتمثل الأولى في الشروط العامة التي يستلزمها لصحة الإلتزامات، وتكمن الثانية بشروط أوردها الفصل 315 من قانون المسطرة المدنية، كما يشترط الكتابة في إتفاق التحكيم حتى يكون صحيحا والكتابة هنا شرط انعقاد وليس إثبات (الفصل 313 من قانون المسطرة المدنية والمادة 10 من قانون التحكيم)، أنظر :

- جان بول رازون: التحكيم في القانون المغربي، مقال منشور في المجلة المغربية للقانون، عدد 1، يناير-فبراير 1985، ص7 وما بعد
- الشعيبي المذكوري: الإتفاق على التحكيم في قانون المسطرة المدنية، م، س، ص 48 وما بعد
- عبد الكريم الطالب :الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية ، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001، ص 318 وما بعد

(1)- أنظر في التمييز بين التحكيم والوساطة :
- أحمد إد الفقيه : قراءة في مشروع قانون الوساطة في المغرب، م، س، ص460
- عز الدين بنستي : بعض تجليات التسوية الودية في المادة التجارية، 413
- بنسالم أوديجا : إدماج الوساطة في النظامين القانوني والقضائي بالمغرب، م، س، ص 374

(2)- أنظر في ذلك :
- محمد صبحي القصراوي : التحكيم في المعاملات المصرفية الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية الإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الدراسية 2009-2010 ص 5 وما بعد

عام وسواء في ذلك روعي جانب البنك أم جانب العميل فكلاهما يحرص على سرية معاملاته[1].

كما يتيح نـظام التحكيم لأطرافه إختيار المحكمين ذوي الخبرة في المجال الذي يتصل النزاع به فالمحكم على خلاف القاضي لا يلزم أن يكون رجل قانون، ويشير بعض الفقه[2] إلى أن القضاة مهما تكن خبرتهم بالمسائل المالية والبنكية لا يمكن مقارنتهم بالمتخصصين في الميدان البنكي الذين أمضوا حياتهم في حقل التخصص أو في فرع معين من فروعه، خصوصا في ميدان المعاملات البنكية الإلكترونية لحداثتها من جهة، ولفنيتها الدقيقة من جهة أخرى، لذلك يكون التحكيم هو الطريق الوحيد المجدي لفض النزاع في مثل هذه الحالات.

وبالإضافة إلى ذلك فإن القانون الذي تطبقه هيئات التحكيم يخضع لإرادة أطراف التحكيم، وهم الذي يحددون قبل أن ينشأ النزاع أو بعده القانون الواجب التطبيق، وبإمكانهم أن يختاروا قانونا أجنبيا عن جنسية الطرفين أو أحدهما[3]، بينما لا تملك المحاكم في الأصل سوى تطبيق القوانين التي تسري في البلد الذي تنتمي إليه، ولأن المعاملات البنكية تجري وفق نماذج عادة ما تقوم البنوك الكبيرة حول العالم بإصدارها ويلزم عملائه بالتعامل على أساسها، فإنه من الملائم دائما أن يخضع التحكيم للقانون الذي أصدرت بموجب قواعد تلك النماذج ولا يتيح ذلك إلا اللجوء إلى التحكيم.

لكن على الرغم مما سبق فإن التجارب أثبتت أن التحكيم أصبح يتعرض للعديد من الانحرافات التي من شأنها أن تؤدي إلى عزوف البنوك عن اللجوء إليها كوسائل لحل المنازعات مع العملاء، فمسطرة التحكيم أصبحت معقدة وبطيئة نتيجة بعض الممارسات

(1)- أنظر في ذلك :
- محمد سليم العوا: التحكيم في الأعمال المصرفية الإلكترونية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأبحاث المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، م، س، ص2381

(2)- فالأطراف يختارون محكمين ممن لهم الخبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع ،أما القاضي في محـاكم الدولة وإن كان فقيها بارعا بالأمور القانونية،إلا أنه قد يكون قليل الخبرة بموضوع النزاع، الأمر الـذي يحـتم عليه الإستعانة بخبير يرشده ويستعين به في إيضاح ما خفي عليه، وهو أمر لا غنـي عنـه إذا كـان النـزاع معروضا على القضاء، الأمر الذي يهدر وقتا وجهدا يوفرها نظام التحكيم، كون هيئة التحكيم مستوعبه النـزاع خصوصا في ظل تعقيد وتنوع المعاملات، أنظر في ذلك :
- محمد سليم العوا: التحكيم في الأعمال المصرفية الإلكترونية، م، س، ص 2383

(3)- أنظر الفصل 327-44 من قانون المسطرة المدنية و المادة 36 من قانون التحكيم الأردني، وفي هذا الـصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث إن الفصل 20 منه ينص على انه " في حالـة عدم حسم النزاع بصفة حبية داخل اجل شهر، فان النزاعات المتعلقة بتنفيذ أو تأويل هذا العقد يخضع للتحكـيم. "والتحكيم سيتم بباريس والقانون المطبق هو القانون الفرنسي"وحيث انه اعتبارا لما ذكر وبما أن إرادة الطرفين اتجهت إلى منح الاختصاص للتحكيم الفرنسي بالنسبة للنزاعات الناشئة بهما بمثابة عقد التوزيع"
- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/505 والصادر بتاريخ 2003/02/04 (غير منشور)

التي يقوم بها عدد من الخصوم أو دفاعهم[1]، وتهدف إلى تعطيل هذه المسطرة، فإذا كان الهدف من اللجوء إلى التحكيم هو التخلص من بطء إجراءات القضاء العادي، فإن مزايا التحكيم تلك تراجعت إلى حد كبير[2].

فشرط التحكيم في العقد لا يمنع الأطراف من القيام بأعمال من شأنها تعطيل عملية تعيين المحكمين، أو على الأقل الحد من السرعة التي كان من المفروض أن تباشر بها المسطرة، بواسطة عدة طلبات ترمي إما إلى إدلاء الخصم بعدة وثائق حتى يتمكن المحكمون من الإطلاع عليها، أو طلب الاستماع إلى شهود غير موجودين في البلد الذي يتم فيها التحكيم، أو تقديم طلبات تجريح أو رد في حق المحكمين أو أحدهم، ولا يقتصر الأمر ذلك إنما قد يسعى البعض إلى تعطيل العمل بمقرر التحكيم حتى بعد صدوره، مما يدفع الطرف الثاني إلى اللجوء للقضاء[3].

والملاحظ أن للقضاء دور كبير في مجال التحكيم فيتدخل أحيانا للمساعدة[4]، كما أن له دور مساند لخصوصية التحكيم منذ بدء إجراءاتها وحتى يفصل فيها بحكم منه، بل قد

---

(1)- فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث إن من جملة ما تمسكت به الطاعنة أن الطرفين واقتناعا منهما بمسطرة التحكيم المنصوص عليها في الفصل 15 من العقد الرابط بين الطرفين لجأ إلى رئيس المحكمة التجارية قصد تعيين محكم للبت في النزاعات المترتبة عن عقد التوريد الذي يربط بينهما، وحيث إن المحكمة ثبت لها من خلال الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بمكناس بتاريخ 2005/3/28 أن إجراءات التحكم سارية، وحيث أن جواب المستأنف عليها بان الأمر موضوع النزاع صدر قبل اللجوء إلى مسطرة التحكم دفع غير منتج طالما أنها لم تنف أن الكمبيالة موضوع النزاع هي جزء من الدين الكلي المترتب بسبب العقد، وحيث إن الفصل 15 من العقد صريح في ضرورة لجوء الإطراف إلى مسطرة التحكيم لفض النزاعات المتعلقة بالعقد، وحيث انه من شأن لجوء المستأنف عليها إلى جهة القضاء وخرق الفصل المذكور أن يجعل من دعواها سابقة لأوانها ويتعين تبعا إلغاء الأمر المستأنف والحكم من جديد بعدم قبول الطلب"

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/4172 والصادر بتاريخ 2005/11/15 (غير منشور)

(2)- أنظر في ذلك :

- سعيد مومي : البت في النزاع بسرعتين في مجال التحكيم الدولي والداخلي، بحث منشور ضمن أعمال ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، م، س، ص 32 وما بعد
- محمد سلام : الطرق البديلة لتسوية النزاعات، م، س، ص 343

(3)- أنظر في هذا الصدد :

- محمد فاضل الليلي : الحكم التحكيمي، ، بحث منشور ضمن أعمال ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، م، س، ص 273
- خالد عبد الحميد: دور القضاء في تنفيذ أحكام التحكيم، منشور ضمن ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، م، س، ص 43

(4)- فقد لا يقوم أحد الأطراف بتعيين محكم وهنا يتدخل القضاء لتعيينه، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " إذا اختارت المستدعية محكما وهو المحامي الأستاذ (ح) وطلبت من المستدعى ضدها تسمية محكما عنها بموجب الإنذار العدلي رقم 763/2008 تاريخ 2008/2/4 كاتب عدل عمان ، وحيث إن المستدعى ضدها لم تقم بتسمية محكما عنها ، فتكون محكمة الاستئناف هي المختصة بتعيينه أعمالا لحكم المادة 16 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 على أن يقوم المحكمان المسمى من قبل المستدعية والمحكم المعين من قبل محكمة الاستئناف باختيار محكما ثالثا "

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2008/83 والصادر بتاريخ 17/07/2008 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

يسبق هذا التدخل بدء إجراءات التحكيم وقد يمتد إلى ما بعد صدور حكم التحكيم[1]، مما يجعل التحكيم يحمل سلبيات القضاء، ويؤدي بالأطراف إلى سلوك مساطر طويلة ومعقدة لتدارك بعض أخطائه، أو لتفادي الامتثال لقراراته، وهو ما يجعل الغاية من هذه الوسيلة البديلة عمليا غير متحققة، وهي وضع حد نهائي للنزاع بأسرع وقت ممكن، لأن لجوء الأطراف للقضاء بعد التحكيم يجعلهما يتحملان تكاليف ومتاعب التحكيم والقضاء على السواء[2].

لهذا فإن البنوك لا تلجأ عادة إلى التحكيم إذ لديها قناعة أن المحاكم أقدر من هيئات التحكيم على فهم طبيعة المنازعات البنكية والفصل فيها، فضلا عن مقررات أن هيئة التحكيم غير قابلة للمراجعة على عكس أحكام القضاء، كما يضاف إلى ذلك عدم وجود سوابق تحكيمية في مجال التعامل البنكي يمكن الرجوع إليها من قبل هيئات التحكيم[3]، لهذا لازالت البنوك تنظر إلى التحكيم بعين الريبة والحذر إذ تفضل اللجوء إلى الطريق التقليدي لفض المنازعات التي تنشأ عن معاملاتها، ولعل الوساطة على الرغم من كونها من الوسائل الحديثة التي ظهرت بعد التحكيم بفترة طويلة أصبحت تأخذ مكانة لها في ظل العمليات البنكية أكثر من تلك التي يأخذها التحكيم.

ومن كل ما سبق يتبين أن البنوك أصبحت تدرك شيئا فشيئا أهمية الوسائل البديلة في حل النزاعات التي تقوم بينها وبين المتعاملين معها، ومدى فعاليتها في توفير أهم ما تقتضيه بيئة الأعمال من سرعة ومردودية مع انخفاض التكاليف، لكن هذه الوسائل لم تحظى بثقة البنوك بالشكل الذي يعمم إستخدامها، لهذا يبقى القضاء الوسيلة الأصيلة التي تحظى بثقة الأطراف وخصوصا العملاء في قدرتها على حل النزاعات التي تنشب بينهم وبين البنوك بالشكل الذي يضمن حصولهم على حقوقهم كاملة.

---

(1)- أنظر في هذا الصدد :
- سعيد مومي : البت في النزاع بسرعتين في مجال التحكيم الدولي والداخلي، م، س، ص 33
- خالد عبد الحميد : دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم، م، س، ص 137

(2)- والنظام التحكيمي مكلف من الناحية المالية على عكس اللجوء إلى القضاء، فالمحكمين بصفتهم خبراء في الميدان غالبا ما يطالبون بتعويضات وأجور مرتفعة مقابل خدماتهم وبذلك فإن التحكيم لا يقل تكلفة من التقاضي بل أنه يتعدى أحيانا تلك التكلفة، أنظر:
- عز الدين الكتاني: التحكيم التجاري والواقع المغربي، بحث منشور بندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، م، س، ص53

(3)- ولعل قلة الأحكام التحكيمية المتعلقة بالمعاملات المصرفية بكل من المغرب والأردن ناتج عن عدم لجوء المؤسسات البنكية المغربية إلى التحكيم لفض منازعاتها، وهذا ما أكدته مجموعة من الوكالات البنكية في أحد البحوث الميدانية التي قام بها أحد الباحثين، حيث صرحوا عدم لجوئهم لمسطرة التحكيم، إلا أنهم أكدوا أن هناك بعض المعاملات التي يقومون بها يلجئون إلى التحكيم بخصوصها ومنها ما يخص القروض المقدمة إلى شركات التأمين، بالإضافة إلى العلاقات ذات الطابع الدولي،أنظر :
- محمد صبحي القصراوي : التحكيم في المعاملات المصرفية الدولية، م، س، ص 14

المطلب الثاني

تسوية النزاع عن طريق القضاء

يشكل القضاء وظيفة من وظائف الدولة ومظهرا من مظاهر سيادتها فإليها يرجع أمر حل الخلافات التي تنشأ بين الأفراد وهي المسؤولة عن حماية حقوقهم ضمانا للأمن وسلامة الناس في أبدانهم وأموالهم، ولهذه الغاية أنشئت المحاكم وعهد إليها بتولي الفصل في المنازعات، وتتكون السلطة القضائية في كل دولة من عدة جهات قضائية، وكل جهة تتكون من عدة طبقات وكل طبقة تشمل عدة محاكم[1]، لهذا فإن إقامة العميل لدعوى المسؤولية على البنك (الفقرة الثانية)، يستوجب بداية تحديد المحكمة المختصة للنظر فيها (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى : الإختصاص القضائي

يقصد بالإختصاص القضائي قدر ما لجهة قضائية أو محكمة من ولاية في نظر قضية معينة، أو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، وعدم الاختصاص هو فقدان هذه الجهة أو المحكمة ولايتها على نزاع معين، فاختصاص محكمة ما يعني نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها أو سلطتها للحكم فيها[2]، وقد وضعت التشريعات معايير مختلفة لتوزيع الإختصاص بين المحاكم، من بينها ما يتعلق بنوع الدعوى

(1)- والتنظيم القضائي في المغرب يتضمن محاكم عادية وإستثنائية غير زجرية ومحاكم إستثنائية زجرية ، والمحاكم العادية هي محاكم الجماعات والمقاطعات، ومحاكم الدرجة الأولى وهي الإبتدائية والمحاكم الإستئنافية والمجلس الأعلى، أما المحاكم الإستثنائية غير الزجرية فتشمل المحاكم الإدارية والتجارية ومحاكم الإستئناف الإدارية والتجارية، وأخيرا المحاكم الإستثنائية الزجرية والتي تشمل المحكمة العسكرية والمحكمة العليا ومحكمة العدل الخاصة، أما التنظيم القضائي الأردني فيشتمل على المحاكم النظامية (محاكم الصلح والبداية والإستئناف والتمييز) والمحاكم الخاصة التي تنقسم إلى نوعين، محاكم خاصة جميع قضاتها نظاميون (محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل-محكمة بداية الجمارك -محكمة الجنايات الكبرى- محكمة تسوية الأراضي والمياه- محاكم البلديات -محكمة صيانة أملاك الدولة)، ومحاكم تتضمن قضاة غير نظاميين (محكمة أمن الدولة -المحاكم العسكرية -محكمة الشرطة -المحكمة العمالية الخاصة)، وإلى جانب المحاكم النظامية والخاصة هناك المحاكم الدينية (وتشمل المحاكم الشرعية ومجلس الطوائف غير المسلمة أو المحاكم الكنسية)، وبعض المجالس ذات الإختصاصات القضائية (المجلس العالي لتفسير الدستور، المجلس العالي لمحاكمة الوزراء، الديوان الخاص بتفسير القوانين)، يراجع حول التنظيم القضائي في كل من المغرب والأردن :

- أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، مطبعة طه حسين ، وجدة، 2006 ص 56 وما بعد
- الموقع الإلكتروني للمجلس القضائي الأردني http://www.jc.jo/

(2)- أنظر في تعريف الإختصاص :

- عبد الكريم الطالب : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م، س، ص 15
- أمينة النمر : قوانين المرافعات، الكتاب الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية 1982، ص350

(الإختصاص النوعي)، أو بقيمتها (الإختصاص القيمي)، أو بناءا على أساس جغرافي (الإختصاص المكاني)[1].

وتهدف قواعد الإختصاص النوعي إلى تحديد اختصاص المحكمة بدعاوي معينة بالنظر إلى طبيعة الرابطة القانونية محل الحماية، والأصل في الإختصاص النوعي أن يبنى على أساس نوع الدعوى وطبيعة النزاع، فالدعاوى تختلف فيما بينها إما نتيجة لاختلاف نوع السند المنشأ للحق الذي تستهدف حمايته، فمنها ما يستند إلى العقد ومنها ما يقوم على لفعل الضار للمطالبة بالحق في التعويض ومنها أيضا ما يقوم على واقعة طبيعية، كما تختلف الدعاوى في نوع ما يطلب بها وتختلف أيضا من حيث أشخاصها ومن حيث أهميتها، والخلاف بين الدعاوى عموما يكمن في الطريقة الواجبة الإتباع للفصل في كل نوع منها[2]، لهذا فإنه يستلزم أن يوزع الإختصاص بها على محاكم عدة[3]، حيث تكون كل محكمة منها أكثر المحاكم قدرة على إصدار الحكم العادل في النوع الذي تختص به من المنازعات.

---

(1)- الإختصاص النوعي هو الذي يمنح الإختصاص لجهة قضائية معينة بناءا على نوع النزاع، أما الإختصاص المكاني أو المحلي فهو الذي يعطي للمحكمة صلاحية الفصل في دعوى ما بناء على أساس جغرافي لتحقيق مصالح الخصوم في تقريب القضاء من المتقاضي، أما الإختصاص القيمي فهو الذي يحدد المحكمة المختصة وفقا لقيمة الدعوى، وللإطلاع أكثر أنظر على سبيل المثال :

- أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، م، س، ص 61 وما بعد
- إدريس العلوي العبدلاوي : الوسيط في شرح قانون المسطرة المدنية وفق آخر التعديلات، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، ص 540 وما بعد
- الطيب الفصايلي: حقيقة الدفع بعدم اختصاص في ظل قانون المسطرة المدنية الجديد، مجلة المحامي عدد 15، 1989، ص 66

(2)- أنظر في تصنيف الدعاوي على سبيل المثال :

- أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، م، س، ص 209 وما بعد
- عبد السلام زوير: الإختصاص النوعي للمحاكم التجارية وإشكالياته العملية، مكتبة دار السلام، الرباط، 2004، ص14و15
- نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص39

(3)- إن تقنية التشريعات، في توزيع الاختصاص النوعي بين مختلف المحاكم القائمة داخل الجهة القضائية الواحدة لا تخرج عن اثنتين، أولاهما، اعتماد مبدأ المعيار العام، ومؤدى هذا المبدأ أن المشرع يحدد لمحكمة اختصاصها بالنظر لطبيعتها، كقوله: إن المحاكم التجارية تختص في النزاعات التجارية، والمحاكم الاجتماعية تنظر في القضايا الاجتماعية، والإدارية تختص بها المحاكم الإدارية وهكذا، وينتج عن هذه التقنية، أن القضاء التجاري مثلا، يتولى الاحتفاظ، بما يراه داخلا فيه صميم اختصاصه، ويرد ما دون ذلك، ومعنى ذلك، أن القضاء يتولى تحديد نطاق اختصاصه توسعة وتضييقا، مستجليا إرادة واضعي التشريع وغاياته، إذ مرونة هذا المعيار، تتحدد في منحه للقضاء هامش كبير للاشتغال، وتحديد قواعد الاختصاص حسب ما يستجد مجتمعيا، وثاني التقنيات تكمن في أن المشرع يعتمد مبدأ التحديد التشريعي للاختصاص، ومعناه أن المشرع، يحدد موضوعات اختصاص محكمة ما بلائحة حصرية بشكل نطاقها ولا تتعداه، كما هو الشأن بالنسبة لقانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية، ويترتب عن هذا المبدأ، أن القاضي مقيد بإعمال النص المحدد لمجال اختصاصه، إذ ما لم تتضمنه اللائحة الحصرية خرج من نطاق المحكمة المحدد اختصاصها إلى نطاق المحاكم الأخرى، أنظر في ذلك :

- عمر أزوكار: الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية الطبيعة / الإشكالات، مجلة المحامي عدد 32 سنة 1998 ص 89

ومحاكم الدرجة الأولى في كل من المغرب[1] والأردن تشمل المحاكم الإبتدائية أو محاكم البداية وهي صاحبة الولاية العامة للنظر في كل القضايا ما لم يوجد نص يمنح الإختصاص لجهة أخرى، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المغربي على خلاف نظيره الأردني أصبح يعرف ازدواجية القضاء بعد إنشاء المحاكم التجارية[2]، ولتحديد نطاق اختصاصها فقد قام المشرع بوضع معايير تحدد المجال الذي تمارس فيه هذه المحاكم سلطاتها القضائية من خلال ما نصت عليه المادة 5 من قانون رقم 95-53[3]، والتساؤل

(1)- ونشير في هذا الصدد إلى أن المشرع المغربي أصدر الظهير المتعلق بإلغاء محاكم الجماعات والمقاطعات على أن يقوم بتعويضها بمؤسسات قضائية جديدة يطلق عليها قضاء القرب، وذلك بمقتضى القانون رقم 07.11 والصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.15 بتاريخ 18 فبراير 2011 الرامي إلى إلغاء الظهير الشريف رقم 1.74.339 والمتعلق بإحداث وتنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات وتحديد إختصاصاتها، والمنشور في الجريد الرسمية عدد 5923 والصادرة بتاريخ 7 مارس 2011 صفحة 597، والذي جاء في مادتتين قامت الأولى بإلغاء الظهير المتعلق بمحاكم الجماعات والمقاطعات بينما نصت الثانية على أنه " يسري العمل بهذا القانون إبتداءا من دخول القانون المتعلق بإحداث وتنظيم قضاء القرب وتحديد إختصاصاته حيز التنفيذ، والحقيقة أن محاكم الجماعات والمقاطعات التي كانت تقوم إلى جانب المحاكم الإبتدائية لا تعتبر درجة أولى في التقاضي نظرا لعدم قابلة الأحكام الصادرة عنها للإستئناف على خلاف أحكام المحاكم الصلحية في الأردن.

(2)- صدر القانون رقم 95-53 بتاريخ 6 يناير 1997 الذي أمر بتنفيذه الظهير رقم65.97.1 الصادر بتاريخ 12 فبراير 1997 منشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 مايو 1997، ص1141

(3)- تنص المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية على ما يلي:
" تختص المحاكم التجارية بالنظر في:- الدعاوى التي تتعلق بالعقود التجارية،- الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية،- الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية،- النزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية،- النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية "، أنظر في شرح وتحليل هذه المادة :

- شكري السباعي: الوسيط في النظرية العامة لقانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، الجزء الأول، مطبعة المعارف، الرباط، 2001، ص211 وما بعد
- أستاذنا عبد العزيز الحضري : القانون القضائي الخاص، م، س، ص 132 وما بع
- المهدي شبو: محاولة في تأصيل الإختصاص النوعي للمحاكم التجارية، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد الأول، 1999، ص78
- محمد يوعلو: قراءة في الإختصاص النوعي للمحاكم التجارية، مقال منشور بمجلة المعيار، العدد 24، 1999، ص 130 وما بعد
- عبد السلام زوير: الإختصاص النوعي للمحاكم التجارية، م، س، ص24 وما بعد
- عبد الكريم الزمالك : هل هناك إشكال في اختصاص المحكمة التجارية، مقال منشور في مجلة المحامي عدد 34 سنة 1999 ص 90

ونشير في هذا الصدد إلى أن طبيعة المسؤولية المدنية التي يرتكز عليها العميل كأساس لدعواه تجاه البنك لا تؤثر على إنعقاد الإختصاص للمحكمة التجارية، فلها الحق بالنظر في الإخلالات العقدية أو التقصيرية طالما أنها صدرت من تاجر أو في إطار ممارسته لأنشطته التجارية، وفي هذا الإطار فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث إن الطاعنة لا تنازع في كون صفة طرفي الدعوى أو أطراف الدعوى لهم صفة التاجر،إلا أنها لم تستطع أن تثبت أن النزاع القائم بينهم لم يكن بسبب ممارستهم لأعمالهم التجارية،على اعتبار انه وعملا بالفصل 10 من مدونة التجارة فإنها تعتبر تجارية كذلك الوقائع والأعمال التي يقوم بها التاجر بمناسبة تجارته ما لم يثبت خلاف ذلك،وفي هذا الإطار فان الأعمال التقصيرية التي يرتكبها التاجر بمناسبة قيامه بأعماله التجارية تبقى من اختصاص المحكمة التجارية بحكم التبعية،ويكون بذلك الحكم

الذي يطرح في هذا الإطار هل تختص المحاكم التجارية بالنظر في دعوى المسؤولية الناتجة عن عمليات التحويل البنكي؟

من خلال الإطلاع على قواعد الإختصاص التي حددتها المادة السابقة يلاحظ أن المشرع المغربي أعطى للمحاكم التجارية صلاحية البت في النزاعات المتعلقة بالعقود التجارية، وقد قام المشرع بالنص في مدونة التجارة على مجموعة من العقود اعتبرها تجارية بنص القانون- إن صح التعبير- ومن بينها بعض العقود التي يكون البنك طرفا فيها[1]، بحيث تخضع جميع المنازعات الناشئة عنها لاختصاص المحاكم التجارية بغض النظر إلى صفة الطرف الآخر، لكن بما أن المشرع لم يقم بتنظيم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، فهل يكفي وجود البنك كطرف فيها لاعتبارها تجارية؟.

إن القاعدة في العقود غير المنصوص عليها في مدونة التجارة تقضي بأن إعتبار العقد تجاريا من عدمه يرجع فيه إلى صفة الأطراف المكونة له، فإذا كان العقد ناشئا بين تجار اعتبر تجاريا، وينعقد الإختصاص فيه للمحكمة التجارية، أما إذا كان أحد طرفي العقد تاجرا والآخر مدني فإننا نكون أمام أحد العقود المختلطة وفي هذه الحالة يكون الحل بمنح الطرف المدني الخيار عندما يكون مدعيا بين رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية أو التجارية[2]، هذا مع العلم أن الفقرة قبل الأخيرة من المادة السابقة أجازت الإتفاق بين أطراف العلاقة على منح الإختصاص للمحكمة التجارية.

المستأنف مصادفا للصواب فيما ذهب إليه ويتعين تأييده وإرجاع الملف إلى نفس المحكمة للاختصاص دون صائر"

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/621 والصادر بتاريخ 2003/02/18 (غير منشور)

(1)- وقد نصت مدونة التجارية على العقود التجارية في الكتاب الرابع منها وهي تشمل، الرهن، الوكالة التجارية، السمسرة، الوكالة بالعمولة، الائتمان الايجاري، النقل، والعقود البنكية والتي تتكون من الحساب البنكي، إيداع النقود، إيداع السندات، التحويل، الخصم، حوالة الديون المهنية ورهن القيم، لكن السؤال المطروح هل إختصاص المحاكم التجارية ينعقد في هذه العقود فقط؟ يجيب أستاذنا عبد العزيز حضري عن هذا التساؤل قائلا" من المؤكد أنه توجد عقود تجارية لم تنظمها مدونة التجارة، وبالتالي تكون المحكمة التجارية مختصة بالبت في النزاعات المتعلقة بها، لكن الصفة التجارية للعقد غير كافية لمنح الإختصاص للمحاكم التجارية ما لم يكن طرفا العقد يحملان صفة تاجر"

- أستاذنا عبد العزيز حضري: القانون القضائي الخاص، م، س، ص133

(2)- أنظر في هذا الصدد :

- أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، م، س، ص133، هامش2
- محمد لفروجي: العقود البنكية، م، س، ص 104

وقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " تعتبر هذه المحاكم مختصة بالبت في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية ويمكن القول بأن عقود كراء المحلات التجارية لا تعتبر عقودا تجارية بطبيعتها إلا إذا أبرمت بين تاجرين، وفي هذه الحالة ينعقد الاختصاص للبت في النزاعات المتعلقة بشأنها للمحاكم التجارية، أما إذا أبرمت بين مكتر تاجر ومكر غير تاجر، فإننا نكون في هذه الحالة أمام عقد مختلط، وبعبارة أدق فإنه يتم اللجوء في هذه الحالة إلى محكمة المدعى عليه، وبما أن المدعى عليه في النازلة تاجر فإن المدعي ليس له الخيار بين رفع دعواه أمام المحكمة المدنية باعتبارها محكمته أو أمام المحكمة التجارية باعتبارها محكمة المدعى عليه. وبما أن الطرف المستأنف عليه اختار مقاضاة المستأنف التاجر أمام محكمته مما يكون معه ما

وبناءا على ما سبق فإن الإختصاص لا ينعقد مباشرة للمحكمة التجارية للنظر في المسؤولية الناشئة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، نظرا لأن العميل- في أغلب الأحيان- لا يكون تاجرا وإنما طرفا مدنيا، والحقيقة أنه كان على المشرع المغربي أن يعتبر جميع العمليات التي يكون البنك طرفا فيها تجارية بطبيعتها خاضعة لاختصاص المحاكم التجارية بصرف النظر عن صفة الطرف الآخر، لأن مثل هذه المعاملات تتفق مع الغاية من إنشاء المحاكم التجارية في توفير قضاء متخصص يستطيع مواكبة التطورات في الميدان التجاري خصوصا وأن المحاكم الإبتدائية لم تعد قادرة على استيعاب الإشكاليات والميكانزمات التجارية الحديثة[1].

وعدم تنظيم المشرع لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني ضمن العقود البنكية المنصوص عليها في مدونة التجارة لا يعني استبعادها من نطاق اختصاص المحاكم التجارية، فقد سبق وأشرنا إلى أن العمليات البنكية متداخلة ومترابطة فيما بينها إلى درجة

ذهب إليه الحكم الابتدائي من التصريح بالاختصاص في محله مما ينبغي تأييده، وبالتالي رد هذا الطعن لعدم ارتكازه على أساس."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/532 والصادر بتاريخ 2000/3/9 (غير منشور)

أما إذا كان الطرف المدني مدعى عليه فهنا يتم النظر إلى طبيعة العمل فيما إذا كان تجاريا أم لا بالنسبة لمدعي عليه فإذا لم يكن تجاريا إنعقد الإختصاص لمحكمة المدعي عليه المدنية مباشرة، أما إذا كان العمل بالنسبة للمدعي عليه المدني تجاريا فإنه يكون له الخيار بين المحكمة المدنية أو التجارية، وقد قامت محكمة الإستئناف التجارية بتفصيل قواعد الإختصاص بالنسبة للعمل المختلط في قرار لها جاء فيه " وحيث فيما يخص الدفع باختصاص رئيس المحكمة التجارية بالبت في الدعوى فإنه برجوع المحكمة إلى وثائق الملف تبين لها أن المدعي تاجر وأن المدعى عليه المكري فهو شخص عادي ولا يوجد بالملف ما يثبت أنه تاجر إذن فهو مدني، وبالتالي فالعمل مختلط، وهنا يكون الاختصاص منعقدا للمحكمة التجارية وكذلك للمحكمة المدنية وذلك بحسب طبيعة العمل بالنسبة للمدعى عليه، فإذا كانت طبيعة العمل بالنسبة إليه مدنية وجب على المدعي أن يقاضيه أمام المحكمة المدنية باعتبارها محكمة المدعى عليه، أما إذا كان بالنسبة إليه تجاريا فإن المستقر عليه فقها وقضاءا هو إعطاء المدعي المدني حق الخيار بين رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية أو المحكمة التجارية "

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/653 والصادر بتاريخ 2000/03/28 (غير منشور)

(1)- ويلاحظ على سبيل المثال أن المشرع الأردني إعتبر جميع العمليات التي تقو بها البنوك تجارية بغض النظر عن صفة الطرف الآخر في العقد فقد جاء في المادة 92/هـ من قانون البنوك التي جاء فيها " تعتبر جميع الأعمال المصرفية والنشاطات المالية تجارية بحكم ماهيتها الذاتية بغض النظر عن صفة العميل المتعاقد أو المتعامل مع البنك سواء كان مدنياً أو تجارياً، وتسري عليها أحكام قانون التجارة الساري المفعول كما لا تخضع لأحكام نظام المرابحة"

وقد أخذت محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء بذلك في أحد القرارات الصادرة عنها والذي جاء فيه " وهنا يكون الاختصاص منعقدا للمحكمة التجارية وكذلك للمحكمة المدنية وذلك بحسب طبيعة العمل بالنسبة للمدعى عليه، فإذا كانت طبيعة العمل بالنسبة إليه مدينة وجب على المدعي أن يقاضيه أمام المحكمة المدنية باعتبارها محكمة المدعى عليه، أما إذا كانت بالنسبة إليه تجارية فان المستقر عليه فقها وقضاء هو إعطاء المدعي المدني حق الخيار بين رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية، وحيث وفضلا عن ذلك فان العقد الرابط بين الطرفين هو عقد قرض الذي يعتبر عقدا تجاريا استنادا إلى أن القروض التي تمنحها مؤسسات الائتمان في نطاق نشاطها المختار تعتبر أعمالا تجارية وبالتالي فان جميع الدعاوى المتعلقة بهذه العقود وكذا الدعاوى الناتجة عنها والمترتبة عن المساطر التي تتفرع عنها يرجع النظر فيها إلى المحاكم التجارية.."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/1701 والصادر بتاريخ 2000/07/18 (غير منشور)

يصعب فيها معرفة أين يبدأ أحد العقود وأين ينتهي، فعقود التحويل البنكي الإلكتروني ترتبط بعقود أخرى منصوص عليها ضمن العقود البنكية[1]، ومن بينها عقد الحساب البنكي الذي يعتبر ضروريا لإجراء التحويل الإلكتروني وفقا لمفهومه الدارج في أغلب التشريعات بما يعني اختصاص المحاكم التجارية للنظر في الدعاوي الناتجة عنه.

أما بالنسبة للأردن فإن قواعد الإختصاص النوعي بين طبقات المحاكم المدنية ترتبط في الغالب بقواعد الإختصاص القيمي، حيث يفيد تقدير قيمة الدعوى في معرفة المحكمة المختصة بنظرها، ووفقا لذلك تختص محاكم البداية نظرا لولايتها العامة في النظر بجميع الدعاوى إلا بما يخرج من ولايتها بنص صريح، وبالرجوع لقانون محاكم الصلح نجد أن اختصاصها يشمل دعاوى الحقوق والتجارة المتعلقة بدين أو عين منقول أو غير منقول بشرط أن لا تتجاوز قيمة المدعى به سبعة آلاف دينار، مما يعني أن جميع الدعاوى المتعلقة بالتجارة والتي تفوق سبعة آلاف دينار تدخل في اختصاص محاكم البداية[2].

وإذا ما أنعقد الإختصاص النوعي لمحكمة ما فإن الإختصاص المحلي أو المكاني يكون لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، فإذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب أو الأردن ولكن يتوفر على محل إقامة بها، كان الإختصاص لمحكمة هذا المحل، وإذا لم يكن للمدعي عليه لا موطن ولا محل إقامة في المغرب أو الأردن، أمكن مقاضاته أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي[3]، مع مراعاة القواعد الخاصة

(1)- وللدلالة على هذا الترابط نشير إلى إحدى القرارات الصادرة عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء والذي جاء فيه " وحيث إنه خلافا لما ذهب إليه الحكم المستأنف من أن الأمر يتعلق بحساب بنكي وأن الحساب البنكي نظام مصرفي والأفراد الذين يستخدمونه يقبلون الخضوع لأحكامه الواردة في الكتاب الرابع من مدونة التجارة المتعلق بالعقود التجارية ، فإن الأمر يتعلق بعقد قرض بين مؤسسة مالية وشخص مدني وبالتالي فهو ليس بعقد تجاري صرف من ضمن العقود التجارية المسماة الواردة بمدونة التجارة، وإنما هو عقد مختلط و تبعا لذلك فالقاعدة في مثل هذه الحالة أنه لا يجوز للتاجر مقاضاة الطرف المدني إلا أمام المحكمة المدنية ما لم يوجد اتفاق بينهما على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية، لكن حيث إنه في النازلة فإن الدعوى ترمي علاوة على المطالبة بفسخ عقد القرض الحكم بأداء المستأنفة قيمة الكمبيالات غير المؤداة، وحيث إن المحكمة لا يمكنها القول بفسخ العقد الرابط بين الطرفين إلا بعد التأكد من واقعة عدم أداء الكمبيالات التي هي أوراق تجارية ، والمحكمة التجارية هي المختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية بصريح نص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون إحداث المحاكم التجارية وهو المبدأ الذي كرسه الفصل التاسع من القانون المحدث للمحاكم التجارية الذي ينص على أنه تختص المحاكم التجارية بالنظر في مجموع النزاع الذي يتضمن جانبا مدنيا..."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 99/989 والصادر بتاريخ موافق 99/7/6 (غير منشور)

(2)- وقد نصت المادة 30 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه " تختص محكمة البداية بالنظر والفصل في الدعاوى التي لا تدخل في اختصاص محكمة أخرى بمقتضى أي قانون نافذ المفعول...."، بينما ورد إختصاص محاكم الصلح في المادة الثالثة من قانون محاكم الصلح رقم 15 / 1952 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 1102 والصادرة بتاريخ 1-1-1952.

(3)- تنص المادة 10 من قانون إحداث المحاكم التجارية على أن "يكون الإختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، إذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب، ولكنه يتوفر على محل إقامة به، كان الإختصاص لمحكمة هذا المحل، إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة بالمغرب ، أمكن مقاضاته أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي أو واحد منهم في حالة تعددهم..".

بالاختصاص في حالة كون المدعي عليه شركة، كما هو الحال بالنسبة للدعوى التي يقيمها العميل على البنك حيث تختص المحكمة التابع لها مقر الشركة أو فرعها[1].

والملاحظ أنه إذا كان الإختصاص النوعي يعد مبدئيا من النظام العام، لا يمكن الإتفاق على خلافه، ويسوغ لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ويمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها[2]، إلا إذا وجد نص يسمح بذلك كما هو الشأن في الأعمال التجارية المختلطة

وتنص المادة 36 من قانون أصول المحاكمات المدنية "1- في دعاوى الحقوق الشخصية أو المنقولة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه. 2- إذا لم يكن للمدعى عليه موطن في الأردن فللمحكمة التي يقع في دائرتها مكان إقامته المؤقت..."وتنص المادة 47 من نفس القانون " إذا لم يكن للمدعي عليه موطن ولا سكن في الأردن ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة بمقتضى الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو محل عمله فان لم يكن له موطن ولا محل عمل في الأردن كان الاختصاص لمحكمة عمان"، أما قانون محاكم الصلح فنصت لفقرة الأولى من المادة 6 منه على أنه" - تقام الدعاوى الصلحية في محكمة الصلح التي يقع ضمن دائرة اختصاصها المكان الذي: أ- يقيم فيه المدعي عليه أو يتعاطى أعماله فيه ، أو ب- جرى فيه تسليم المال ، أو ج- يعين لتنفيذ التعهد ، أو د- وقع فيه الفعل المسبب للدعوى ، أو هـ- تم فيه التعهد.

(1)- وتنص المادة 11 من القانون المحدث للمحاكم التجارية على أنه " إستثناء من أحكام المادة 28 من قانون المسطرة المدنية ترفع الدعاوي: - فيما يتعلق بالشركات إلى المحكمة التجارية التابع لها مقر الشركة أو فروعها..."، أما في التشريع الأردني فقد نصت المادة 38 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه "1- في الدعاوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التي في دور التصفية أو المؤسسات يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها سواء أكانت الدعوى على الشركة أو الجمعية أو المؤسسة أم من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على احد الشركاء أو الأعضاء أو من شريك أو عضو على آخر، 2- يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع"، ونصت الفقرة الخامسة من المادة 6 من قانون محاكم الصلح على أنه " تقام الدعاوى المتعلقة بالشركات والجمعيات القائمة أو التي في دور التصفية أو المؤسسات في المحكمة التي يقع مركز الإدارة في دائرة اختصاصها. سواء أكانت الدعوى على الشركة أو الجمعية أو المؤسسة أو من الشركة أو الجمعية على احد الشركاء والأعضاء أو من شريك أو عضو على آخر، ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة في المسائل المتصلة بهذا الفرع".

(2)- والدفع بعدم الإختصاص النوعي في التشريع الأردني يتعلق بالنظام العام فقد جاء في المادة 111 من قانون أصول المحاكمات المدنية "..1 -الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها أو بأي دفع آخر متصل بالنظام العام يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء ذاتها"، أما في التشريع المغربي فقد ثار خلاف في الفقه المغربي حول مدى تعلق الإختصاص النوعي بالنظام العام في إطار الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية والذي جاء فيه " يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دفاع ... يمكن الحكم بعدم الاختصاص النوعي تلقائيا من لدن قاضي الدرجة الأولى" .حيث يتضح من قراءة الفقرة الأولى فيه أن الإختصاص النوعي لا يتعلق بالنظام العام ما دام أن المشرع يستلزم الدفع بعدم الإختصاص قبل ي دفع أو دفاع إلى جانب جواز إثارته تلقائيا من طرف المحكمة الإبتدائية حسب الفقرة الأخيرة، غير أن بعض الفقه لم يقبل هذه النتيجة، يدعوا إلى إعتباره من النظام العام أسوة بالتشريعات المقارنة، أنظر:

- عبد الكريم الطالب : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م، س، ص 58
- ادولف ريسيولط : المسطرة المدنية في شروح، ترجمة إدريس ملين، مطبعة الأمنية، الرباط، 1990،ص 20
- أحمد بلحاج الشهيدي: الاختصاص النوعي مقال منشور في مجلة المحامي عدد 2 سنة 1980 ص 10
- جلال محمد امهمول:الدفع بعدم الاختصاص وفكرة النظام العام مقال منشور في مجلة المرافعة عدد1 1992ص99
- الطيب الفصايلي: حقيقة الدفع بعدم اختصاص في ظل قانون المسطرة المدنية الجديد، ص 66

التي تجيز للأطراف الإتفاق على إسناد الإختصاص إلى المحاكم التجارية[1]، فإن الإختصاص المحلي لا يتعلق بالنظام العام ويكون للأطراف في جميع الأحوال أن يتفقوا كتابة على إختيار المحكمة المختصة مكانيا[2].

ولهذا عادة ما تقوم البنوك في عقود تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني التي تبرمها مع عملائها بتحديد المحاكم التي تختص بالنظر في النزاعات الخاصة بتنفيذ أو تفسير الشروط التي تتضمنها هذه العقود، ولا شك أن هذه الشروط كبقية الشروط الأخرى تكون مفروضة على العميل وتمس بمصالحه، والذي عادة ما يكون مستهلكا بسيطا لا يطلع على العقد إلا بعد قيامه بتوقيعه، فهذه الشروط قد تؤدي إلى جعل العميل يتنقل مسافات بعيدة لحل أحد النزاعات الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني[3]،

(1)- وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي سكت بخصوص الإختصاص النوعي للمحاكم التجارية ولم يبين مدى تعلقه بالنظام العام، وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول بأن إختصاص المحاكم التجارية يتعلق بالنظام العام فقط فيما يتعلق بعلاقة التجار فيما بينهم، ما دامت الفقرة السابعة من المادة الخامسة تمنح الأطراف الحق في إختيار المحكمة إذا ما كانت العلاقة مختلطة، لكن البعض الأخر تساءل عن كيفية التوفيق بين اتصال الاختصاص النوعي قواعده بالنظام العام، سواء كان حصريا، أو اعتمد مبدأ المعيار العام فيه وإمكانية اتفاق الأطراف على إسناد الاختصاص للمحاكم التجارية، ليستخلص من بعد ذلك أن إمكانية الاتفاق على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية، ليس من شأنه أن يمس مبدأ اتصال قواعد الاختصاص النوعي بالنظام العام، إذ هو استثناء سمح به المشرع في حدود ضيقة، فهو استثناء من الدرجة الثانية، أنظر في ذلك :

- أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، م، س، ص 142 وما بعد
- عبد الكريم الطالب : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م، س، ص 60 و 61
- عمر أزوكار : الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، م، س، ص 91

(2)- تنص المادة 12 من القانون المحدث للمحاكم التجارية على أنه " يمكن للأطراف في جميع الأحوال أن يتفقوا كتابة على إختيار المحكمة التجارية المختصة"، كما تنص المادة 110 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه " الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام ، والدفع بعدم الاختصاص المكاني..يجب إبداؤها معا قبل إبداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيها

(3)- فعلى سبيل المثال ينص الفصل الثاني عشر من الشروط العامة لبطاقة فيزا إلكترون الصادرة عن مصرف المغرب على أنه " اتفقت الأطراف على أنه في حالة نزاع تكون المحكمة التجارية بالدار البيضاء هي المختصة"، وينص الفصل 11 من الشروط العامة لبطاقة فيزا انتر بنك المغرب على أنه" يضمن الطرفان على أن محاكم الدار البيضاء لها وحدها الإختصاص بالنظر في كل نزاع"، كما تنص المادة 14 من عقد البطاقة الخاص بالبنك الشعبي بالمغرب على أنه" أن جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ أو تأويل هذا العقد هي من إختصاص المحكمة التجارية الموجودة بدائرتها الترابية المقر الرئيسي للبنك"، وينص الفصل العاشر من الشروط العامة لبطاقة السحب للبنك العربي للمغرب على أنه" تكون محاكم المغرب الموجودة داخلها مقر البنك، إلا إذا ارتأى البنك إختيار المحاكم التي يوجد بدائرتها مقر العميل مختصة دون سواها للنظر في ما عسى أن يطرأ من خلاف حول تنفيذ بنود هذا العقد".

وقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث انه بالرجوع إلى العقد الرابط بين الطرفين والذي هو سند الدعوى يتبين من فصله الثالث عشر أن الطرفين اتفقا على إسناد الاختصاص المحلي إلى محاكم الدار البيضاء، وحيث أن العقد شريعة المتعاقدين من جهة ومن جهة ثانية فانه مادام الطاعن يتمسك بهذا المقتضى العقدي فيفترض أن له مصلحة في ذلك وبالتالي فانه يتعين اعتبار الاستئناف لهذا السبب ومن تم إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بعدم الاختصاص المكاني للمحكمة التجارية بالرباط وإحالة الملف على المحكمة التجارية بالدار البيضاء للاختصاص وبدون صائر"

وستزيد من التكاليف المالية التي سوف يتكبدها، مما قد يدعوه إلى الإعراض عن فكرة رفع الدعوى على البنك، وخصوصا إذا ما كان المبلغ المتنازع عليه بسيطا، لهذا فأنه يمكن إعتبار هذه الشروط من قبيل تلك التي تؤدي إلى عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوي قضائية والذي اعتبره المشرع المغربي شرطا تعسفيا[1].

الفقرة الثانية : دعوى المسؤولية المدنية

تمثل الدعوى الوسيلة القانونية التي يلجأ إليها الأطراف للمطالبة بحقوقهم أمام القضاء، فإذا كان الهدف من وجود القانون هو حماية حقوق أفراد المجتمع، فإن الدعوى هي الوسيلة التي تكفل تحقيق هذا الهدف[2]، وحتى تقبل الدعوى لا بد من إحترام الشروط الضرورية لصحتها، وإتباع العديد من الإجراءات والمساطر التي حددها القانون للمطالبة بالحقوق والدفاع عنها، والدعوى التي يقيمها العميل على البنك للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن إحدى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني لا تختلف في شروطها وإجراءاتها عن الدعاوى عامة، لهذا سنقوم في هذا الإطار بالتطرق لبعض الإشكالات التي تطرحها هذه الدعوى دون الدخول في القواعد العامة، ونبدأ بالبحث في طرفي الدعوى (أولا)، قبل التطرق لطلباتهم ودفوعهم(ثانيا).

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2002/42 والصادر بتاريخ2002/01/07 (غير منشور)

(1)- وقد نص المشرع المغربي على هذا المقتضى ضمن اللائحة التي أورها للشروط التعسفية وخصوصا في الفقرة 18 من الفصل 18 من القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك، أنظر كذلك :

- خالد مداوي: العقود البنكية عقود إذعان أم عقود بالإذعان ؟ مقال منشور بمجلة محكمة، عدد 2، سنة2003، ص79
- محمد الشافعي: بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، م، س، ص179
- شكري السباعي: مدخل عام أو تمهيدي في العقود التجارية، م، س، ص158

(2)- وقد إختلف الفقه في طبيعة الدعوى، فهناك من يرى بأن الدعوى هي الحق ذاته، إذ يقع إندماج بينهما ويستحيل فصل أحدهما عن الأخر، بينما يرى توجه آخر في الفقه بأن الدعوى والحق منفصلان عن بعضهما البعض، فالحق يستمد وجوده من التصرف القانوني أو من الوقائع القانونية، أما الدعوى فتنتج عن خلاف بين المدعي والمدعى عليه، وفي إطار آخر يذهب بعض الفقه إلى التمييز بين الدعوى والخصومة، بينما يرى البعض الآخر أن الخصومة هي نفسها الدعوى، والحقيقة أن مفهوم الخصومة يلتفه نوع من الغموض فقد يقصد به عمل قانوني مركب يرمي إلى تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة القضاء، كما قد يقصد به كذلك الحالة القانونية التي تنشأ منذ رفع الدعوى إلى القضاء، وقد يقصد به الدعوى نفسها، بل إنه في بعض الأحيان قد يقصد بها شرط الصفة في التقاضي، أنظر في هذا الصدد :

- أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، م، س، ص 160 وما بعد
- عبد الكريم الطالب : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م، س، ص 129 وما بعد
- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2008/682 الصادر بتاريخ 02/11/2008 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية
- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2008/29 الصادر بتاريخ 27/08/2008 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية
- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2007/2863 الصادر بتاريخ 05/05/2008 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

أولا : طرفي الدعوى

إن طرفي دعوى المسؤولية المدنية الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني هما المدعي والمدعى عليه، والشخص المدعي هو الطرف المضرور أو العميل الذي يطالب بالتعويض أو الذي يدعي بأن حقا من حقوقه تعرض للإعتداء، ويشترط في الشخص المدعي أن تكون له المصلحة في ممارسة الدعوى[1]، والتي يستمدها من كونه صاحب الحق الذي وقع الإضرار به، فمن وقع له ضرر وكانت حقوقه مهددة أو معرضة للضرر جاز له أن يرفع الدعوى لحماية تلك الحقوق والمصالح، كما يشترط أن تكون له الصفة في رفع الدعوى بأن يكون هو الشخص المتضرر نفسه أو من ينوب عنه قانونا أو خلفه، بالإضافة إلى أن يكون ذو أهلية كاملة ليستطيع ممارسة حقه في التقاضي[2].

أما المدعي عليه فهو من رفعت ضده الدعوى أو الطرف المسؤول سواء كان مسؤولا عن فعله الشخصي أو عن فعل الغير أو عن الشيء الذي في حراسته وأهم ما يشترط فيه هو أن يكون معينا، وهو في نطاق بحثنا هذا البنك الذي أخل بمقتضيات العقد الرابط بينه وبين العميل أو المسؤول عن الضرر الواقع له في إطار تنفيذ العقد الرابط بينها بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني، وبما أن البنك يمتلك الشخصية المعنوية فإنه

(1)- ويشترط المشرع المغربي إلى جانب ضرورة توفر المدعي على المصلحة أن تتوفر فيه كذلك الأهلية والصفة لرفع الدعوى وذلك وفقا لما جاء في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، بينما نجد أن المشرع الأردني لم ينص سوى على شرط المصلحة، ذلك أن هذا الشرط يعتبر أساس رفع الدعوى، فلا دعوى حيث لا مصلحة، وعلى أي حال فإنه من الضروري أن يتوفر المدعي على أهلية الكاملة نظرا لأن التقاضي يدخل ضمن التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، أما بخصوص الصفة فإنها في كثير من الأحيان قد تختلط بالمصلحة ويصعب التمييز بينهما فصفة صاحب الحق لا تدعو أن تكون مصلحته الشخصية في رفع الدعوى وهي لا تثير إشكالا عندما يكون الشخص المضرور هو نفسه الذي يقيم الدعوى، ومع ذلك فإن التمييز بين الصفة والمصلحة يصبح لازما في الحالات التي لا يكون فيها المدعي هو صاحب الحق كما هو الشأن بالنسبة للوكيل الذي يرفع الدعوى عن موكله، ففي هذه الحالة يجب عليه إثبات صفته في التقاضي بتقديم ما يثبت وكالته، أنظر في ذلك :
- أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، م، س، ص 171 وما بعد
- عبد الكريم الطالب : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م، س، ص 144 وما بعد
- أدولف ريسيولط : المسطرة المدنية في شروح، م س، ص 5 وما بعد

(2)- وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث إنه إذا كانت الدعوى تعتبر الوسيلة القانونية الكفيلة بحماية الحق الذي يدعيه الشخص أو لحماية المركز القانوني الذي تم الاعتداء عليه، إلا أن هذه الدعوى لا تكون مقبولة إلا إذا توفرت فيها الشروط العامة لقبول الدعاوى والمنصوص عليها في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه أنه " لا يصح التقاضي ممن ليست له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه"، بمعنى أن مباشرة الدعوى يجب أن تتم من طرف صاحب الحق المطلوب حمايته، ولا يجوز لأي أن يتقدم بدعوى لحساب غيره دون أن يكون مأذونا له في ذلك، ومن تم فإنه إذا لم تتوفر الصفة في رافع الدعوى أو كان لا يمثل صاحب الحق المدعى به، فإن دعواه تكون غير مقبولة مهما كانت مصلحته في صدور الحكم، أي أن المصلحة لا تكفي لتخويل شخص معين الحق في رفع الدعوى إن لم تقترن بالصفة، كما انه يجب أن يكون طالب الحماية القانونية هو صاحب المركز الموضوعي المعتدى عليه"
- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2001/1047 والصادر بتاريخ 2001/5/8 (غير منشور)

يكون أهلا للتقاضي[1]، وبالتالي فإن الدعوى توجه إليه في شخص ممثله القانوني، لا إلى الممثل القانوني بصفة شخصية وإنما بصفته ممثلا للبنك.

لهذا فإن الدعوى توجه إلى البنك كشخص معنوي لأنه هو الذي يمتلك الصفة كونه هو الذي تسبب بالضرر لا ممثله القانوني[2]، لكن قد يحدث أن يقوم العميل بتوجيه الدعوى إلى البنك مباشرة دون ذكر ممثله القانوني، وفي هذه الحالة يترتب على ذلك بطلان الإجراء في حالة ما إذا وقع ضرر للبنك الخصم لا إلى رفض الدعوى[3]، ذلك أن إشتراط تمثيل الشخص المعنوي في الدعوى بشخص طبيعي للقيام بالأعمال الإجرائية لا

---

(1)- وفي كثير من الحالات قد يحدث الخلط بين مجرد الإسم التجاري والشخصية المعنوية، فترفع الدعوى على إسم تجاري لا يمتلك الشخصية المعنوية، وهنا يضطر القضاء إلى رفضها على أساس إنعدام الخصومة، فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء "..حيث انه بخصوص ما عابه المستأنف على الحكم من كونه جاء مخالفا للصواب فيما قضى به من عدم قبول الطلب لعدم بيان نوع المدعى عليه وصفته فان ذلك مردود على اعتبار أن المستأنف أدلى بأجل 2002/12/12 بالنموذج رقم 7 من السجل التجاري والذي يبين أن المدعى عليه شخص طبيعي وان مالك المحل هو السيد (ش) وان (البهجة) ما هو إلا شعار تجاري يمارس بواسطته تجارته، ولا يتوفر هذا الاسم على الشخصية الاعتبارية والتي من أهم آثارها أن الشركة تملك ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء وتبقى للشركة هذه الذمة بقاء الشخصية المعنوية لها، وترفع الدعاوى في اسمها وترفع عليها بهذه الصفة، وحيث وبناء على ذلك يكون الحكم الابتدائي قد صادف الصواب للعلل المذكورة أعلاه لان المدعى وجه الدعوى ضد اسم تجاري لا شخصية معنوية له ولا صفة له في التقاضي ويتعين بالتالي الحكم بتأييده ورد الاستئناف لعدم ارتكازه على أساس"

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/830 والصادر بتاريخ 2003/03/13 (غير منشور)

(2)- وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث برجوع المحكمة إلى وثائق الملف وخاصة المقال الافتتاحي تبين لها أن المستأنف عليه وجه الدعوى ضد الشركة بصفتها مدينة أصلية في شخص مسيرها السيد (ب) ووجه الدعوى ضد السيد (ب) بصفته كفيل للمدينة الأصلية ومتنازل عن الدفع بالتجزئة أو التجريد بمقتضى عقد الكفالة الذي وقعه، وبالتالي فإن الدعوى وجهت ضد من له صفة المديونية بصورة صحيحة، أما القرار الاستئنافي المدلى به والصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط لا مجال لتطبيقه لأنه يتعلق برفع الدعوى ضد الشخص الذاتي كمدعى عليه في حين أن العلاقة تهم شخص معنوي يتمتع بالشخصية المعنوية والتي من أهم آثارها أن الشركة تملك ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء، وبالتالي فذمة الشركة تشكل الضمان العام لدائنيها وهذه الحالة غير متوفرة في النازلة لأنها وجهت توجيها صحيحا، مما يتعين معه رد هذا الدفع لعدم ارتكازه على أساس"

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2001/344 والصادر بتاريخ 2001/2/13 (غير منشور)

(3)- وقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث تمحورت دفوع المستأنف في أن المقال معيب شكلا لأنه لم يذكر حرفة المستأنف ولم يوجه باسم الممثل القانوني للبنك وان مسطرة الاحتجاج بعدم الدفع لم تتم إقامتها في الوقت القانوني.... حيث أن الوجه الأول المستدل به استئنافيا لا يعتد به لأنه لا يشكل أي ضرر بالنسبة للطاعن على اعتبار أن الاخلالات الشكلية لا يمكن الالتفات إليها ما دامت لا تشكل ضررا طبقا لمقتضيات ف 49 ق م م مما يتعين معه رده"، وقد جاء في قرار آخر لنفس المحكمة " ومن جهة أخرى فان توجيه الدعوى ضد الشركة بدون ذكر أنها موجهة في شخص ممثلها القانوني وحضور هذا الأخير للجلسة والإجابة عن الدعوى لأنه هو المكلف بالقيام بكافة الإجراءات المادية بالنيابة عن الشخص المعنوي فإن الغاية من ذكره قد تحققت وبالتالي فانه لم يحدث للمستأنفة أي ضرر وان القاضي لا يقبل الاخلالات الشكلية إلا إذا كانت مصالح الطرف المتمسك بها قد تضررت وذلك طبقا للفصل 49 من قانون المسطرة المدنية مما يتعين معه رد هذا الدفع لعدم ارتكازه على أساس"

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 98/399 والصادر بتاريخ 17-11-1998 (غير منشور)
- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/1946 والصادر بتاريخ 2005/05/26 (غير منشور)

يرجع إلى نقص في أهلية الشخص المعنوي، بل إلى استحالة مادية في أن يقوم الشخص المعنوي بالأعمال الإجرائية، ولا شك أن هناك فرق بين الصفة في الدعوى والتمثيل القانوني أو الصفة في إنجاز الإجراءات.

والصفة في الدعوى تقتضي أن تكون شخصية ومباشرة وتخلفها يؤدي إلى عدم قبول الدعوى[1]، فإذا ما وجهت الدعوى إلى الممثل القانوني بصفة شخصية فإن ذلك يؤدي إلى إنعدام الصفة في الخصم، وبالتالي عدم قبول الدعوى[2]، أما الصفة في القيام بالإجراءات أو تخلف الأهلية الإجرائية فكما سبق وأشرنا تستوجب قيام الممثل القانوني بالأعمال الإجرائية وفي حالة عدم ذكره فإنه لا يترتب عنها إلا بطلان الإجراء إذا ما وقع ضرر للبنك بناءا على مقتضيات الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية المغربي، والذي يقابله المادة 24 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

ثانيا : الطلبات والدفوع

إن لجوء المدعي إلى القضاء كي يتدخل لحماية حقوقه يلزم أن يتم من خلال طلب يتوجه به أمام المحكمة، يبدأ بموجبه الإجراءات الموجهة ضد المدعى عليه، لكن هذا الطلب لا يكون صحيحا ومقبولا إلا إذا كان له سبب وموضوع[3]، وسبب الدعوى واحد لا يتغير وهو إخلال المدعى عليه بمصلحة مشروعة للشخص المدعي سواء كان مصدرها العقد أو العمل غير المشروع أو الإرادة المنفردة أو القانون أو الإثراء بلا سبب أو غيره من الأسباب، وبغض النظر عن الوسيلة التي يستند إليها هذا الأخير سواء كان خطأ عقدي أو تقصيري ثابت أو مفترض أو مسؤولية موضوعية، فهذه ما هي إلا وسائل يستند عليها المدعي في دعواه، ويقصد بسبب الدعوى مجموع الوقائع القانون والمادية المنتجة التي يتمسك بها المدعي كأساس لدعواه.

---

(1)- وفي هذا الصدد جاء في إحدى قرارات محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء أنه فيما يخص الدفع بانعدام الصفة بسبب عدم توجيه الدعوى ضد الشركة في شخص ممثلها القانوني، فإن تمثيل الشخص الاعتباري في الدعوى بشخص طبيعي للقيام بالإجراءات يرجع إلى استحالة قيام الشخص الاعتباري بالأعمال الإجرائية، ومجرد توجيه الدعوى للشخص الإعتباري حتى دون ذكر ممثله القانوني لا يؤدي إلى إنعدام الصفة، على خلاف ما عليه الحال إذا ما تم توجيه الدعوى إلى الممثل القانوني بصفة شخصية مما يؤدي إلى تخلف الصفة ويترتب عنه عدم قبول الدعوى، وبالتالي فإن توصل الشركة بالاستدعاء وإجابتها عن الدعوى يثبت عدم حدوث أي ضرر لها نتيجة إغفال ذكر توجيه الدعوى إلى الممثل القانوني، أنظر في هذا الصدد :

– قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/189 والصادر بتاريخ 2000/01/25 (غير منشور)

(2)- فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء "...وحيث أن الدعوى المقدمة من طرف الطاعن بصفته الشخصية لإبطال إنذار عقاري توصل به بصفته وليا شرعيا عن ابنته القاصرة تعتبر مقدمة من غير ذي صفة ومخالفة مقتضيات الفصل 1 من قانون المسطرة المدنية أعلاه مما يتعين معه التصريح بعدم قبولها...."

– قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/1088 والصادر بتاريخ 2005/03/31 (غير منشور)

(3)- أنظر في هذا الصدد :

– أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، م، س، ص 167

– أحمد السيد صاوي : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون ناشر ومكان النشر، 2005، ص 187 وما بعد

ولا شك أنه يمكن للشخص المدعي أن ينتقل من وسيلة إلى أخرى دون أن يكون ذلك أثر على سبب الدعوى، ويترتب عن ذلك أنه إذا ما استند العميل على الخطأ التقصيري في رفع دعواه فلا يعد طلبا جديدا أن يستند على خطأ عقدي[1]، بل إنه يجوز للقاضي إذا ما استند العميل على خطأ تقصيري على سبيل المثال أن يبني حكمه على الخطأ العقدي دون أن يكون قد قضى بشيء لم يطلبه الخصوم، إنما هو استند على وسائل لم يستند عليها الخصوم وهو أمر جائز[2].

أما موضوع الدعوى أو محلها فهو يختلف باختلاف الغرض منها، فموضوع دعوى المسؤولية المدنية الناتجة عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني هو التعويض عن الضرر الذي لحق بالعميل المدعي، وموضوع الدعوى من الأمور الأساسية التي يجب أن يشتمل عليها الطلب الذي يتقدم به المدعي فالطلب الذي لا موضوع له يعتبر من قبيل العبث وعديم المفعول والأثر، وغيابه يؤدي إلى عدم قبول الطلب[3]، وتجدر الإشارة إلى

---

(1)-وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث انه بخصوص الدفع الأول والمتعلق بان المحكمة غيرت موضوع وسبب الدعوى بصفة تلقائية وحكمت بتعويض لم يطلب منها، والثابت قانونا أن سبب وموضوع الدعوى هو بيد الخصوم وانه لا يوجد قانونا ما يمنع من إقامة الدعوى بداية على مقتضيات المسؤولية العقدية ثم تعديلها على أساس المسؤولية التقصيرية"

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/3640 والصادر بتاريخ 2003/12/02 (غير منشور)
أما بخصوص محكمة التمييز الأردنية فقد كان توجهها يقضي بأنه لا يجوز للمحكمة تغيير سبب الدعوى فقد جاء في قرار قديم لها " أن معالجة المحكمة للدعوى على أساس المسؤولية العقدية مع أنها أقيمت على أسباب المسؤولية عن الفعل الضار فيه خروج على أسباب الدعوى وموضوعها وبالتالي خروج على واجبات المحكمة في التقيد بهذه الأسباب عملا بأحكام المادة 249 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية" ، وقد قام المشرع الأردني عام 1988 بتعديل قانون أصول المحاكمات المدنية وألغى النص الذي إستندت عليه المحكمة في قرارها السابق، لهذا فإنه في سبيل التطبيق الصحيح للقانون يجوز للقضاء تغيير السبب الذي استند عليه المدعي في دعواه.

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1987/530 والصادر بتاريخ 15/09/1987 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- ولكن قد لا يقوم الأطراف بتحديد سبب الدعوى، وفي هذه الحالة فإن القضاء يصرح بإسقاطها في إطار التشريع الأردني وذلك بناءا على مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 124 من قانون أصول المحاكمات الأردنية والتي جاء فيها " يجوز للمحكمة أن تقرر إسقاط الدعوى في الحالات التالية: 1) إذا كانت اللائحة لا تنطوي على سبب الدعوى..."، أما بخصوص المشرع المغربي فلم يقم بالنص على مقتضى مماثل، لكن جزء من القضاء ذهب إلى جواز عدم تحديد سبب الدعوى، والحقيقة أن هذا القضاء يعتبر أن سبب الدعوى هو النص القانوني أو القاعدة القانونية التي يتمسك بها المدعي وهو توجه غير صحيح كما يرى أستاذنا عبد العزيز حضري، فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء ".. وحيث انه بالنسبة للسبب الثاني فان المستأنف ضدها ليست ملزمة بتحديد سبب الدعوى بل أن المحكمة هي الملزمة بتطبيق القانون المطبق على النازلة..."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/2523 والصادر بتاريخ 2003/07/18 (غير منشور)
- أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، م، س، ص 167

(3)- وقد جاء النص على البيانات التي يجب أن يتضمنها الطلب المرفوع للمحكمة من طرف المدعي في الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية والذي تقابله المادة 56 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

أنه يجب على المحكمة أن تتقيد بموضوع الدعوى[1] عند إصدارها للحكم وأن لا تقضي بأكثر مما يطلب منها وإلا قضت بما لم يطلبه الخصوم، لكن يمكن لها أن تقضي بأقل مما طلبه المدعي على إعتبار أن تقدير التعويض يدخل في إطار سلطتها التقديرية.

وعند قبول الدعوى بتوفر جميع شروطها الشكلية والموضوعية فإن للمدعي عليه أن يدافع عن نفسه أمام القضاء بواسطة الدفوع الشكلية[2] أو الموضوعية[3]، وبخصوص دفوع المدعي عليه الموضوعية في إطار المسؤولية المدنية فهو إما أن ينكر قيام المسؤولية ذاتها بعدم توفر ركن من أركانها أو بقيام أحد الأسباب المعفية منها، وإما أن يعترف بقيام المسؤولية لكنه يدعي بأن الإلتزام المترتب عنها قد انقضى بالوفاء أو المقاصة أو التقادم[4] على سبيل المثال، ويتضح من ذلك أن موقف الأطراف يتغير وفقا

---

(1)- وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث انه بخصوص الدفع بكون المحكمة قضت بما لم يطلب منها فانه حقا بالرجوع إلى مقال الادعاء يتبين بان المستأنف عليهما التمسا الحكم لهما بالفرق بين السومتين من تاريخ المقال وليس من تاريخ الإنذار كما ذهب إلى ذلك الحكم المستأنف فجاء مجانبا للصواب في هذه النقطة ولذلك فإنه عملا بمقتضيات الفصل 3 من ق م م فإنه يتعين الحكم في حدود الطلبات وعليه فانه يتعين تعديل الحكم المستأنف وذلك بجعل أداء الفرق بين السومتين من تاريخ المقال وتأييده فيما عدا ذلك.."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/3675 والصادر بتاريخ 2005/10/20 (غير منشور)

(2)- والدفوع الشكلية هي الوسائل التي يستعين بها الخصم ويدفع بمقتضاها في صحة الإجراءات دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه، فيتفادى بشكل مؤقت الحكم عليه، وهذا النوع من الدفوع يجب إبداؤه قبل الدخول في مناقشة موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه، كما الحكم الصادر فيه لا يمس جوهر الحق ولا يترتب عنه إنهاء النزاع، ويعتبر الدفع ببطلان المسطرة من أهم أنوع الدفوع الشكلية حيث يدعي المدعي عليه بخرق أحد القواعد المسطرية كعدم التبليغ وفقا للشكل القانون، أنظر في الدفوع الشكلية :

- أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، م، س، ص 196 وما بعد
- عبد الكريم الطالب : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م، س، ص 201 وما بعد
- أحمد السيد صاوي : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، م، س، ص 310وما بعد

(3)- والدفوع الموضوعية هي التي توجه إلى الحق ذاته كأن يتم الإدعاء بانقضائه أو ينكر وجود، وهي تشمل كل ما يمكن أن يترتب عنه رفض طلب المدعي، وهي تهدف إلى تفادي الحكم بما يدعيه، وهنا يجب التمييز بين الدفع الموضوعي والطلب العارض، حيث إنه في الدفع الموضوعي لا يهدف المدعي عليه إلى الحصول على ميزة معينة من دفعه إنما فقط تفادي الحكم عليه، بينما في الطلب العارض أو المضاد أو الجوابي يكون الهدف منه الحصول على حق معين أو إجبار المدعي بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، بحيث أنه بمجرد تقديم هذا الطلب تتغير صفة الأطراف في الدعوى فيصبح المدعي مدعيا عليه، أنظر في الدفوع الموضوعية والطلبات العارضة :

- أستاذنا عبد العزيز حضري : القانون القضائي الخاص، س، ص 200 وما بعد
- عبد الكريم الطالب : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م، س، ص 209 وما بعد
- أحمد السيد صاوي : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، م، س، ص 312 وما بعد

(4)- والدعوى القائمة على المسؤولية العقدية تتقادم بمرور خمسة عشر عام (أنظر الفصل 387 من قانون الإلتزامات والعقود والذي يقابله المادة 449 من القانون المدني الأردني) أما في إطار المسؤولية التقصيرية فإنها تخضع للتقادم القصير المحدد في خمس سنوات (الفصل 106 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي والذي يقابله المادة 272 من القانون المدني الأردني، أما الدعاوي التجارية فإنها تتقادم بمرور 5 سنوات (المادة 5 من القانون المنشئ للمحاكم التجارية)، و بمرور عشر سنوات في الأردني (المادة 58 من القانون التجاري).

لمسار إجراءات الدعوى فيلزم كل طرف بإثبات ما يدعيه ويلزم الطرف الآخر بنفيه، فيصبح المدعي مدعى عليه ويتغير موقف المدعى عليه ليصبح مدعي.

وتجدر الإشارة إلى أن إذا كان الأصل أن يقوم العميل برفع دعواه أمام المحاكم المدنية، فإنه في الحالة التي يكون فيها الضرر قد وقع له نتيجة إحدى الجرائم فإنه يملك الحق في الإدعاء المدني أمام المحاكم الجنائية أو المدنية(1)، وفي هذه الحالة الأخيرة فإنه يتم إيقاف البت بالدعوى المدنية إلى حين الفصل في الدعوى الجنائية(2)، ويجب على القاضي أن يتقيد بما جاء في الحكم الجنائي بناءا على قاعدة الجنائي يعقل المدني(3)، ويلاحظ أن المشرع المغربي اشترط وحدة السبب والخصوم والصفة للقول لإعطاء الحكم- سواء كان مدني أو جنائي- قوة الشيء المقضي به في مواجهة حكم آخر(4).

---

(1)- وقد يكون ذلك نتيجة لأحد الأفعال التي يرتكبها موظفي البنك نفسه فيقوم العميل بتنصيب نفسه طرفا مدنيا في الدعوى التي يقيمها البنك على موظفه، أو أن يقوم أحد من الغير بإيقاع ضرر بالعميل نتيجة لجريمة معينة، وفي هذه الحالة فإنه حتى لو قام البنك برد المبالغ المالية التي يقوم لغير بالسطو عليها فذلك لا يمنع العميل من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي وقعت له، أنظر :

- أنظر في ذلك جميل عبد الباقي الصغير: الحماية الجنائية والمدنية لبطائق الإئتمان الممغنطة، م، س، ص160

(2)- أنظر المواد 9 و 10 من قانون المسطرة الجنائية المغربي والمادة 6 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني

(3)- وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث أن الثابت من خلال وثائق الملف أن الطاعن استند في طلب الحصول على مبلغ الشيك على الحكم الجنحي القاضي بإدانة المستأنف عليه من اجل جنحة إصدار شيك بدون رصيد والمؤيد من طرف القرار الاستئنافي، وحيث انه بالرجوع إلى هذا القرار نجد أن المستأنف عليه اقر بعدم وجود رصيد الشيك الذي سلمه للطاعن، هذا فضلا عن أن الطاعن أدلى خلال المرحلة الاستئنافية بأصل الشيك، وحيث انه عملا بالفصل 451 من ق ل ع فان الحجية يكتسبها منطوق الحكم وكذا الوقائع والأسباب التي أسس عليها وانه اعتبارا لوحدة السبب والوقائع واعتمادا على أن الجنائي يعقل المدني ، وان حجية الأحكام الجنائية أمام المحكمة المدنية تعتبر من النظام العام... فإنه إقرار الطاعن من خلال الحكم الجنحي بعدم أداء مبلغ الشيك مناط الدعوى الحالية يجعل ما يتمسك به حاليا من تقادم الشيك غير مرتكز على أساس قانوني.."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/591 والصادر بتاريخ 2000/03/21 (غير منشور)

(4)- ينص الفصل 451 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه " قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم، ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة لـه.: ويلـزم أن يكـون الـشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه، أن تؤسس الدعوى على نفس السبب، أن تكون الـدعوى قائمـة بـين نفـس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة، ويعتبر في حكم الخصوم الذين كانوا أطرافا في الدعوى وورثتهم وخلفاؤهم حين يباشرون حقوق من انتقلت إليهم منهم باستثناء حالة التدليس و التواطؤ"

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث تعيب الطاعنة علـى الحكـم المستأنف أنه لم يأخذ بعين الاعتبار الأحكام النهائية الصادرة في الموضوع والتي تكتسي قوة الشيء المقـضي به، حيث إن الطاعنة استندت في طلب الأداء على مجموعة من الأحكام الجنحية الصادرة في حـق المـستأنف عليه... وحيث إن حيثيات القرار الاستئنافي تضمنت أن الظنين اعترف بما نسب إليه في جميع أطوار المحاكمة ابتدائيا وجدد اعترافه أمام هذه المحكمة وأن محكمة الاستئناف بعد دراستها للقضية ومناقشتها واطلاعها علـى وثائق الملف تبين لها أن الحكم الابتدائي صادف الصواب ويتعين تأييده، حيث إن القرار الاسـتئنافي الجنحـي المستدل به والقاضي بإدانة المدعى عليه من أجل إصدار شيكات بدون رصيد حاز قوة الشيء المقـضي بـه، وحيث إنه عملا بمقتضيات الفصل 451 من ق.ل.ع فإن الحجية يكتسبها منطوق الحكم وكذا الوقائع والأسـباب

أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد اشترط في الحكم الجنائي ليعقل المدني أن يكون قد فصل في الوقائع المعروضة أمام القضاء المدني، وأن يكون فصله هذا ضروريا[1]، بمعنى أن الأمور التي لم يفصل فيها القاضي الجنائي تبقى خاضعة تماما للقضاء المدني[2]، فإذا ما تطلبت الجريمة إثبات عنصر الخطأ على سبيل المثال وقضى الحكم الجنائي ببراءة المتهم لعدم وجود الخطأ فإن القاضي المدني يتقيد بحدود ما قضى به القاضي الجنائي، ولا يجوز له المجادلة في نسبة الفعل إلى المتهم من عدمه[3]، أما إذا حكم القاضي المتهم بالإدانة فإن ذلك يعني توفر عنصر الخطأ ويبقى للقاضي المدني البحث عن بقية عناصر المسؤولية للحكم بالتعويض[4].

التي أسس عليها وحيث إنه اعتبارا لوحدة السبب والوقائع واعتمادا على أن الجنائي يعقل المدني وأن حجية الأحكام الجنائية أمام المحكمة المدنية تعتبر من النظام العام...."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/262 والصادر بتاريخ 2000/02/01 (غير منشور)

(1)- وقد نصت المادة 332 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه " يكون للحكم الجزائي الصادر من المحكمة الجزائية في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة أو عدم المسؤولية أو بالإسقاط أو بالإدانة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية في الدعاوي التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً وذلك فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواءً بني على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة، ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبيناً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون".

وفي تفسير ذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " لم يشترط المشرع الأردني لحجية الحكم الجزائي في الدعاوى المدنية الأسباب ذاتها التي اشترطها بالنسبة لحجية الأحكام المدنية في الدعاوى المدنية وهي وحدة الخصوم ووحدة المحل ووحدة السبب بل اشترط شروطاً أخرى وهي -:أن يكون الحكم الجزائي قد فصل في الوقائع المعروضة على القاضي المدني على أن يكون فصله في هذه الوقائع ضرورياً..."

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2006/696 والصادر بتاريخ 05/10/2006 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " وبما أن قرار محكمة امن الدولة تضمن عدم مسؤولية المدعى عليها على اعتبار أن الأفعال التي قامت بها لا تؤلف جرماً إلا انه تضمن التكييف القانوني لما قامت به المدعى عليها من عمليات تنفيذ شراء ذهب لصالح عملاء غير معروفين دون أن يتم قيد هذه العمليات على حساب العملاء وحيث أن محكمة امن الدولة لم تفصل في حكمها الجزائي في مشروعية الأعمال التي قامت بها المدعى عليها فان ذلك لا يقيد القاضي المدني ويكون له صلاحية الفصل به وطالما أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالضمان وفقاً لأحكام المواد (256-258) من القانون المدني مع أن من واجب المدعى عليها وبحكم وظيفتها المحافظة على أموال البنك وان تطبق القوانين والأنظمة والتعليمات المصرفية المعمول بها فتكون مسؤولة عما لحق البنك من خسارة وما فاته من كسب"

- قرار محكمة التمييز الأردنية عد 1997/1183 والصادر بتاريخ 28/08/1997 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(3)- وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد " إذا لم ينسب القرار الجزائي للمدعى عليه أي خطأ ، فانه يقيد القاضي المدني في ذلك وينفى عن المذكور المسؤولية المدنية ، لان الجزائي يعقل المدني.."

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2003/755 والصادر بتاريخ 20/04/2003 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية.

(4)- ويثير الإختلاف بين قواعد المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية إشكالا كبيرا بخصوص مدى صحة تقيد القاضي المدني بما يحكم به القاضي الجنائي، وقد أشارت محكمة التمييز الأردنية إلى هذا الإشكال في قرار لها جاء فيه " وان مسؤولية الطبيب المدنية لا تتوافق بالضرورة مع متطلبات المسؤولية الجزائية، إذ أنه وإن تطلب المسائلة الجزائية درجة الخطأ الجسيم أو التعمد في مسلك الطبيب المعالج فإن المسؤولية المدنية يكفي لقيامها الإهمال أو التقصير وقلة الاحتراز، وإن المبدأ القائل بأن الالتزام المهني على الطبيب لا يفرض عليه تحقيق

المبحث الثاني

جزاء قيام المسؤولية وتعديل العلاقة التعاقدية وإنهائها

إن غاية العميل من رفع دعوى المسؤولية المدنية على البنك هو حصوله على تعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة العمل بنظام التحويل البنكي الإلكتروني، فالحاجة إلى التعويض تكمن في ضرورة جبر الضرر الذي لحق العميل من خلال تصحيح التوازن الذي أختل وإعادة المضرور على حساب المسؤول الملتزم بالتعويض إلى الحالة التي كان مفروضا أو متوقعا أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار، فالتعويض هو جزاء ومقابل الضرر الذي أصاب المضرور، ولما كان الضرر يتمثل في الاعتداء على حق أو مصلحة للمضرور فإن التعويض يتمثل في إزالة أثر هذا الاعتداء.

ومن جهة أخرى فإذا كان التعويض يعتبر جزاءا للمسؤولية العقدية الناتجة عن الإخلال بالإلتزام العقدي، فإن إحترام مبدأ القوة الملزمة للعقد يفرض على أطرافه الرضوخ والإذعان له في كل ما يحتويه، وبذلك اعتبرت الإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضها ولا بتعديلها ما لم يسمح له القانون أو الإتفاق بذلك، وعليه فإننا سنتناول التعويض كجزاء للمسؤولية في (المطلب الأول) ومن ثم نتعرض بالبحث لتعديل العلاقة التعاقدية وإنهائها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعويض عن الضرر

يجد الحق في التعويض مصدره في الضرر الحاصل للعميل وهو ينشأ نتيجة للعمل غير المشروع الذي أتاه البنك وأوقع ضررا للعميل، لهذا فإن الحكم الصادر بالتعويض في دعوى المسؤولية المدنية التي يرفعها العميل على البنك يكون مقررا ومقوما للتعويض لا

غاية وإنما هو مطالب ببذل العناية ، فإن هذا المبدأ لا يتعارض مع مسئوليته على الوجه السالف الذكر، ولذلك فإن محكمتنا تؤيد الاتجاه الفقهي بتأييد التوجه القضائي الهادف إلى نبذ نظرية مساواة الخطأين ـ الجزائي والمدني ـ في سلوك الطبيب، ذلك أن لكل من هذين الخطأين هدفه الخاص به، ولا يجوز استعمالها والنظر إليهما بنفس المقاييس من الشدة ، فالتعويض المدني يهدف إلى تعويض المتضرر تعويضاً عادلاً عما أصابه من ضرر ولو كان مصدره ضعيفاً واهناً في حين أن العقاب الجزائي الذي يقرره الشارع لغايات الردع العام والردع الخاص فإنه يفرض على المحكوم عليه إدانة اجتماعية لما سببه من اضطراب اجتماعي ، ولذلك يجب أن يكون على جانب من الأهمية، وبالتالي فإن المسئولية الجزائية لا تتحقق لمجرد الخطأ العادي بخلاف المسئولية الطبية المدنية، وما دام أن الخبراء ـ في تقريرهم ومناقشتهم من المحكمة ـ خلصوا إلى أن إهمالاً أو قلة احتراز أو تقصير كانت من سمات سلوك المدعى عليه في رحلته العلاجية مع المدعية، فإن القدر من الإخلال يكفي لتثريب مسؤولية المدعى عليه ـ المميز ضده ـ عن الأضرار التي لحقت بالمدعية ، وبالتالي تقرير التعويض عنها.."

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2007/968 والصادر بتاريخ 03/09/2007 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

منشئا له[1]، ولإصدار هذا الحكم يتوجب على المحكمة أن تتأكد من استيفاء جميع الشروط المتطلبة للحكم بالتعويض، ثم تقديره وفقا للكيفية التي حددها المشرع، وسنقوم في هذا المطلب ببحث القواعد التي يرتكز عليها الحكم بالتعويض (الفقرة الأولى)، وذلك قبل التطرق لعناصر تحديد التعويض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : قواعد الحكم بالتعويض في المسؤولية المدنية

يمتلك القاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير التعويض من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية وتقدير الضرر الحاصل للعميل ومن ثم تحديد مقدار التعويض، غير أنه يحد من تلك السلطة التقديرية للقاضي مدى توفر الشروط اللازمة للحكم بالتعويض، وهكذا سنتناول (أولا) شروط استحقاق التعويض وذلك قبل التطرق لحدود سلطة القاضي في الحكم بالتعويض (ثانيا).

أولا : شروط استحقاق التعويض

يشترط لاكتساب العميل الحق في التعويض أن تقوم المسؤولية المدنية للبنك بصفة عامة كما يتطلبها القانون، على أساس أنه لا يصبح مستحقا إلا إذا أخل البنك بالتزاماته المترتبة عن العقد، وكانت النتيجة وقوع ضرر للعميل لعدم تنفيذ تلك الإلتزامات أو التأخير فيها أو الإهمال والتقصير في الواجبات المفروضة عليه، بغض النظر عن الأساس المتطلب لقيام هذه المسؤولية، وسواء كانت عقدية أم تقصيرية، شخصية أم موضوعية فالتعويض ما هو إلا جزاء لقيام المسؤولية.

ومن خلال الإطلاع على النصوص القانونية المنظمة للتعويض، فإن أول ما يمكن ملاحظته هو حصرها للأضرار التي يمكن أن تقع في إطار العلاقات التعاقدية على تلك الناتجة عن إخلال المدين بالتزاماته العقدية سواء بعدم تنفيذه لتلك الإلتزامات أو تأخره في ذلك بشكل أوقع ضرر للدائن[2]، لهذا فإن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه يأخذ معنى

---

(1)- وتثير مسألة تحديد وقت نشوء الحق في التعويض إشكالا لدى الفقه ناتج عن أهمية تحديد هذا الوقت في معرفة الوقت الذي يبدأ فيه إحتساب التعويض، هل من وقت وقوع الضرر أم من وقت صدور الحكم بالتعويض، وفي هذا الصدد يذهب توجه في الفقه إلى أن الحق في التعويض ينشأ من وقت صدور الحكم به على إعتبار أن الحق في التعويض يظل حقا غير محدد المقدار والحكم هو الذي يحدده ويجب الأخذ بعين الإعتبار جميع العناصر التي تنشأ وقت صدور الحكم، أما التوجه الثاني وهو الإتجاه الغالب يرى بأن الحق في التعويض ينشأ من وقت وقوع الضرر وبالأخص وقت إرتكاب الفعل الضار، ويترتب عن ذلك القول بأن إحتساب التعويض يبدأ من تاريخ وقوع الضرر بما يضاف إليه من فوائد قانونية، أنظر في ذلك :

- مقدم السعيد : التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دار الحداثة، بيروت، 1985، ص 259 وما بعد

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 814

(2)- فقد نص الفصل 263 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه " يستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء به وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين"، ولا شك أن هناك الكثير من الحالات التي قد يقع فيها ضرر للمدين في إطار العلاقة التعاقدية دون أن تكون نتيجة

واسعا في هذا الإطار بحيث يتسع ليشمل جميع الأضرار التي تقع للدائن نتيجة الإخلال بأحد الإلتزامات التعاقدية ولو لم تكن مرتبطة بشكل مباشر بهذا الإخلال سواء كانت هذه الإلتزامات رئيسية أو ثانوية، مصدرها العقد نفسه أو بما تعتبر من مستلزماته عرفا وقانون.

ولا يشترط لاستحقاق التعويض أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا أو غير ممكن إذ يكفي أن يقع ضرر للدائن نتيجة عدم التنفيذ سواء بقي التنفيذ ممكنا أو أصبح مستحيلاً، بل إنه وحتى لو تم تنفيذ الإلتزام عينا جبرا على المدين بعد تأخره في ذلك، فإن حق الدائن في المطالبة بالتعويض النقدي لا يسقط إذا ما حدث له ضرر[1]، فالتعويض النقدي وإن كان لا يمثل السبيل الوحيد لتعويض الدائن عن الضرر الحاصل له إلا أنه يشكل السبيل الأمثل لذلك[2].

ويقصد بالتنفيذ العيني قيام المدين بتنفيذ عين ما التزم به وهو يمثل الطريق الطبيعي لتنفيذ الإلتزام[3]، لهذا فقد أعطت التشريعات الحق للدائن في إجبار المدين على تنفيذ إلتزامه عينا متى كان هذا التنفيذ ممكنا مع الحق في الحصول على تعويض نقدي نتيجة للضرر الحاصل له، أما إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن فلا يبقى للدائن سوى المطالبة بتعويض نقدي، وما يلاحظ أن التشريعات اشترطت بالإضافة إلى ما سبق قيام الدائن

مباشرة لعدم تنفيذ الدائن لإلتزامته الرئيسية في العقد، وقد يدق الأمر إلى درجة يؤدي إلى إعتبرها خارجة عن نطاق العقد ما قد يؤدي إلى التأثير على طبيعة المسؤولية التي تقوم بصددها.

(1)- نص الفصل 259 من قانون الإلتزامات والعقود على أنه " إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين"، ويكون المدين في حالة مطل إذا تأخر في تنفيذ إلتزامه كليا أو جزئيا لسبب غير مقبول، حسب ما جاء في الفصل 254 من نفس القانون، أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد نص في المادة 360 من القانون المدني على أنه " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

(2)- كما يمكن أن يكون التعويض غير نقدي وفي هذه الحالة تأمر المحكمة بأداء معين على سبيل التعويض، وبعبارة أخرى بإجراء آخر مناسب لإزالة الضرر غير النقود بحسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور، ذلك أنه قد يكون من مصلحة الدائن في بعض الحالات أن يطالب بتعويض غير نقدي كما في الحالات التي تفقد فيها النقود قيمتها، أنظر في التمييز بين التعويض النقدي وغير النقدي:

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م ، س، ص 817
- جميل الشرقاوي : النظرية العامة للإلتزام، م، س، ص 506
- إبراهيم دسوقي أبو الليل : التقدير القضائي للتعويض، منشور في مجلة المحامي الكويتية، السنة الثامنة، عدد إبريل 1985، ص 71

(3)- ويختلف التنفيذ العيني عن التعويض العيني في أن الأول يتم من خلال قيام المدين بتنفيذ نفس إلتزامه الواجب عليه تنفيذه في العقد، بينما التعويض العيني طريق إستثنائي للتعويض في المسؤولية المدنية يتم من خلال تقديم المدين لشيء مماثل لما إلتزم بتقديمه في العقد، أنظر في الفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني :

- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، م ،س، ص 61
- مقدم السعيد : التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، م، س، ص 225

بإعذار المدين، لكن هل يعني ذلك أن توفر عناصر المسؤولية غير كافية لاستحقاق التعويض؟ وهل يجبر العميل على قبول التنفيذ العيني متى كان ممكنا؟

بداية نشير إلى أن الإعذار يكون لازما لإثبات مطل المدين وعدم نيته في تنفيذ الإلتزام الناتج عن العقد(1)، وهو لازم للتنفيذ العيني كما يكون لازما لاستحقاق التعويض عن الأضرار التي وقعت للدائن نتيجة للتأخر في التنفيذ في حالة قيام المدين بالتنفيذ(2)، أما إذا لم يستجب هذا الأخير للإعذار فإن التعويض يكون لعدم التنفيذ بالإضافة إلى استحقاق التعويض عن التماطل، لهذا فلا يكفي من الدائن إثبات عناصر المسؤولية المدنية للحصول على تعويض عن الضرر الحاصل له في الحالة التي يكون فيها تنفيذ الإلتزام لا زال ممكن(3)، أما إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن فلا جدوى في هذه الحالة من الإعذار ويصبح التعويض مستحقا بمجرد إثبات عناصر المسؤولية.

فالمبدأ إذن هو أن إعذار المدين لا يكون واجبا على الدائن إلا في حالة التأخر في التنفيذ حتى يستطيع المدين الحصول على تعويض عن التماطل(4)، والمنطق يقضي بأننا

---

(1)- ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الأردني أطلق حكما عاما إذ إشترط لإستحقاق التعويض الناتج عن المسؤولية العقدية ضرورة إعذار المدين فقد جاء في المادة 361 من القانون المدني والتي جاء فيها " لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد"، أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد قصره في الحالة التي لا يحدد فيها أجل تنفيذ للإلتزام، حيث جاء في الفصل 255 من قانون الإلتزامات والعقود " فإن لم يعين للالتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مطل، إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني انذار صريح بوفاء الدين..."، وللتوسع أكثر بخصوص دور الإعذار في إطار التعويض يراجع :

- سعيد الدغيمر: تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي، م، س، ص244 وما بعد

- المصطفى الكيلة: التقدير القضائي للتعويض دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الدراسية200-2001 ص 63

(2)- وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء" وحيث إنه بخصوص ما يعيبه الطاعن فرعيا على الحكم المستأنف من رفضه لطلب التعويض على اعتبار أن المدعى عليه لم يتوصل بالإنذار، فإن الحكم المستأنف فعلا جانب الصواب عندما قضى برفض الطلب بالعلة المذكورة أعلاه. ذلك أن دين البنك أصبح مستحقا بمجرد حلول أقساطه، فضلا على أن مطالبة المدين قضائيا بأدائه الدين في حد ذاتها تعتبر إنذارا للمدين بأداء ما بذمته طبقا للفصل 255 من ق ل ع، وبالتالي فإن طلب التعويض عن التماطل له ما يبرره بسبب عدم وفاء المدين بالدين داخل الأجل المتفق عليه، ويتعين بالتالي إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض لطلب التعويض والحكم من جديد بأداء السيد (ك) لفائدة البنك تعويضا عن التماطل قدره عشرة آلاف درهم"

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2004/2505 والصادر بتاريخ 2004/07/13 (غير منشور)

(3)- حيث جاء في المادة 355 من القانون المدني الأردني " 1- يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ ما التزمه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً"، ويقابلها الفصل 259 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي.

(4)- وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث أن الثابت من وثائق الملف انه لا يوجد ما يفيد توصل المستأنف أصليا بالإنذار الموجه له حتى يمكن اعتباره في حالة مطل وبالتالي فشروط منح التعويض عن التماطل والمنصوص عليها في الفصل 255 ق ل ع غير متوفرة في النازلة. مما يتعين معه تأييد الحكم المتخذ فيما قضى به من رفض طلب التعويض"

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2006/79 والصادر بتاريخ 2006/01/03 (غير منشور)

نكون أمام تأخر في التنفيذ متى كان هذا التنفيذ لا يزال ممكنا، ونكون بصدد عدم تنفيذ عندما يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا بسبب فوات الأجل أو حين يعلن المدين صراحة عدم رغبته في تنفيذ الإلتزام، لكن قد يدق التمييز بين عدم التنفيذ والتأخر في التنفيذ خصوصا في إطار ما يعرف بالعقود الزمنية، كما في عقود تقديم الخدمات المستمرة في الزمن والتي يلتزم فيها كلا الطرفين بالتزامات متبادلة، فكلا الطرفين يضمن في كل لحظة تنفيذ إلتزاماته، فإذا تأخر أحد الأطراف في تنفيذ إلتزاماته كان من الصعب على الطرف الآخر معرفة ما إذا كان أمام حالة عدم تنفيذ أو مجرد تأخر في التنفيذ.

أما بالنسبة للشق الثاني من التساؤل السابق فإنه في كثير من الحالات قد يكون تنفيذ الإلتزام لا يزال ممكنا، وإجبار المدين على التنفيذ لا يكون مجديا للدائن ولا يمكن أن يحقق الغاية المرجوة من تنفيذه، كما هو الشأن بالنسبة للكثير من الأضرار التي تقع للعميل في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، فعدم تنفيذ البنك لإلتزاماته في الوقت الذي يطلبه العميل يكون من شأنه أن يحدث له أضرار لا يمكن جبرها بالتنفيذ العيني كما لو ترك البنك نظام التحويل دون حماية في الوقت الذي كان يجب عليه إيقاف العمل به.

لهذا يلاحظ أن التشريعات لم تشترط الإعذار في الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الإلتزام غير مجدي للدائن بفعل الشخص المدين[1]، فيستحق الدائن التعويض بمجرد توافر عناصر مسؤولية المدين، ولا يمكن إجبار العميل على قبول التنفيذ العيني حتى لو لم يزل هذا التنفيذ ممكنا ما دام أنه فقد الفائدة المرجوة منه ووقع الضرر فعلا، كما أن الإعذار لا يكون لازما لاستحقاقه التعويض عن تلك الأضرار طالما أن الغاية من العقد هي التنفيذ في الوقت الذي يطلبه العميل، وإنما يكون لازما للتعويض عن التماطل فقط[2].

---

(1)- والمشرع المغربي لم ينص على عدم إشتراط الإعذار في الحالة التي يفقد فيها الإلتزام جدواه بالنسبة للـدائن، وقد حدد الحالات التي يعفى فيها الدائن من توجيه الإعذار في الفصل 256 من قانون الإلتزامات والعقود والذي جاء فيه " لا يكون الإنذار من الدائن واجبا: إذا رفض المدين صراحة تنفيذ التزامه، إذا أصبح التنفيذ مـستحيلا" بينما نص المشرع الأردني على هذه الحالات في المادة 362 من القانون المدني والتي جاء فيها " لا ضـرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية: 1- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدٍ بفعل المدين، 2- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع ، 3- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلـم المـدين أنـه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك، 4- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه "

(2)- وقد بينت محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء ذلك في قرار لها جاء فيه " وحيث أن التماطل منصوص عليه في الفصل 255 ق ل ع الذي نص على أن المدين يصبح في حالة مطل بمجرد حلول الأجل المقرر فـي السند المنشئ للالتزام ، ومعناه أن هناك امتناع عن تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه طبقا للعقد المبرم بينه وبين الدائن من غير سبب معقول، وحيث أن الفصل 263 ق ل ع نص على انه يستحق التعويض أما بـسبب عـدم الوفاء بالالتزام وأما بسبب التأخير في الوفاء و ذلك ولو لم يكن هناك سوء نية من جانب المدين، وهذا ما أشار إليه القرار الاستئنافي الصادر عن استئنافية الدار البيضاء بتاريخ 1998/3/4 في الملف عدد 1272 المنـشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 47 " من حيث إنه تبث للمحكمة بمراجعة أوراق الملف أن المستأنف لم يؤد مبلغ الدين المترتب بذمته سوى بعد اضطرار المستأنف عليه لولوج الدعوى التي تمخض عليها الحكم المستأنف رغم إنذاره من طرفها ، وان من حق المستأنف عليها الحصول على تعويض وفق أحكام الفصل 263 ق ل ع القائم على أساس قرينة الخطأ من طرف المدين" ، وحيث يلاحظ بالتالي أن الأساس القانوني لكل من الفوائد القانونية

ثانيا : حدود سلطة القاضي في الحكم في التعويض

متى تبين لقاضي الموضوع قيام شروط المسؤولية المدنية، حكم بالتعويض، وللقاضي سلطة مطلقة في تحديد الطريقة التي يتم فيها التعويض وفي تقديره بغير معقب عليه من المحكمة العليا (المجلس الأعلى أو التمييز)(1)، فعندما ترفع أمام القاضي دعوى للمطالبة بالتعويض، وجب عليه في مرحلة أولى أن يفهم الوقائع المطروحة أمامه، وفي مرحلة ثانية تكييفها بتطبيق النص القانوني الملائم عليها من خلال التأكد بأنها كافية لتشكل أركان المسؤولية المدنية على اعتبار أنه لا تعويض بدون مسؤولية، ليتأتى له في مرحلة ثالثة تقدير التعويض لأن لا تقدير حيث لا تعويض، على أن يحدد بطريقة موازية الطريقة التي يتم فيها هذا التعويض.

والتعويض في المسؤولية العقدية قد يأخذ صورة مبلغ إجمالي يدفع دفعة واحدة، أو مقسطا حسب الظروف، أو في صورة إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة، وقد يقترن بتقديم تأمين يقدره القاضي بإيداع مبلغ كاف لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به، ومتى تبين للقاضي الطريقة المناسبة لإصلاح كافة الأضرار اللاحقة بالمتضرر(2)، سعى لتقدير التعويض عنها وله في سبيل الوصول إلى هذا الهدف- كما أسلفنا -سلطة مطلقة، فهو غير ملزم بنصاب معين أو بمبلغ ثابت لجبر هذه الأضرار، وإنما له كامل الصلاحية.

وما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان الأصل في تقدير التعويض أن يتم قضائيا أي بواسطة القاضي، فإنه يجوز للأطراف أن يتفقا مقدما على قدر التعويض يستحق عند تحقق شروطه، وهو ما يطلق عليه التعويض الإتفاقي، وفي هذه الحالة فإن سلطة القاضي التقديرية تنحصر في البحث عن عناصر صحة استحقاق التعويض الإتفاقي(3)، واستثناءا

والتعويض عن التماطل مختلف ، كما أن الاجتهاد القضائي أعطى لكل منهما تعريف خاص وأشار إلى خصائص كل منهما...."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 99/1468 والصادر بتاريخ 1999/10/12 (غير منشور)

(1)- وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية "... وان تقدير التعويض هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع ولا معقب عليها في ذلك من محكمة التمييز ما دام أنها أبانت عناصر الضرر ووجه أحقية طالب التعويض فيه..."

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2002/3433 والصادر بتاريخ 02/02/2003 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

ويقول الأستاذ محمد الكشبور " في مجال المسؤولية جرى عمل المجلس الأعلى على ترك مسألة إستخلاص الوقائع التي ينتج عنها الفعل الضار لسلطة قاضي الموضوع التقديرية، ومن ثم فإن كل طعن يستهدف هذا الجانب من الحكم وإلا يكون واجب الرد"، أنظر :

- محمد الكشبور : رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001 ص 245

(2)- أنظر في مختلف أشكال التعويض في المسؤولية العقدية :

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م س، ص 818

(3)- وشروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفسها شروط قيام المسؤولية حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية" من المقرر فقهاً وقضاءً أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي في العقد ما يشترط لقيام المسؤولية

أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل باستخدام سلطته التقديرية ليخفض من مقدار التعويض إذا كان مفرطا أو يزيد فيه إذا كان زهيدا[1].

كما أن سلطة القاضي تكون مقيدة كذلك في حالات التحديد القانوني للتعويض، فالمشرع يتدخل في بعض الحالات ويقوم مسبقا بتحديد قدر التعويض الذي يستحقه الدائن عن الأضرار التي تلحقه إثر عدم تنفيذ المدين لالتزام مقرر لصالحه، عندئذ يكون تقدير التعويض قانونيا وبتعبير أدق تشريعيا، ويجد التقدير القانوني للتعويض مجالا خصبا له في الفوائد القانونية التي يستحقها الدائن مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود في ذمته للدائن أو مقابل تأخيره في الوفاء به[2]، ويعرف التعويض عندئذ بالفوائد القانونية التي تولاها المشرع بالتنظيم في نصوص قانونية، وهي تعتبر كتعويض قانوني عن التأخير في الوفاء بمبلغ من النقود والضرر المفترض وقوعه كنتيجة مباشرة لهذا التأخير[3].

العقدية التي استقرت قواعدها في التشريع والفقه المدني على أن أركانها هي : خطأ من جانب المدين وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر وإعذار المدين...".

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2007/3021 والصادر بتاريخ 06/05/2008 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(1)- فقد نص الفصل 264 من قانون الإلتزامات والعقود على أنه "..... يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه، يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي"، كما جاء في المادة 364 من القانون المدني الأردني أنه " 1 – يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون. 2– ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"

(2)- وبالإضافة إلى الفوائد القانونية فإنه يوجد شكل آخر للتعويض يتولى المشرع تحديده والمتمثل في التقديرات الجزافية للتعويض كما فعل بالنسبة لبعض القوانين الخاصة كقانون التعويض عن حوادث السيارات، وحوادث الشغل، وقد يعمد المشرع في بعض الأحيان إلى تحديد المسؤولية، فيقوم بوضع أسس لتقدير التعويض ولو بصفة غير مباشرة، من خلال تحديد سقف لا يمكن أن يتجاوزه التعويض، ولو كان الضرر الواقعي يجاوز هذا القدر، وعادة ما يرتبط هذا النوع من التحديد للمسؤولية بالجانب الاقتصادي، كتحديد مسؤولية الناقل البحري وتحديد مسؤولية الناقل الجوي ويعود ذلك إلى أنه لو تم إلزام هؤلاء المسؤولين عن تعويض كل الأضرار لأدى ذلك إلى إفلاسهم.

(3)- ويجب التمييز بين الفوائد القانونية والفوائد الإتفاقية وهذه الأخيرة هي نوع من التعويض الإتفاقي مقابل إنتفاع المدين بمبلغ من النقود لم يحل بعد أجل إستحقاقه وهي تخضع لسلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي، وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث انه فضلا عن ذلك ولو أن المستأنف ضدها محقة في فوائد التأخير طبقا لمقتضيات عقد القرض الرابط بين الطرفين، إلا انه عملا بأحكام الفصل 264 من ق.ل.ع الذي يعطي الحق للمحكمة في تخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه، فان محكمة الاستئناف تعتبر بان الفوائد القانونية المحكوم بها ابتدائيا بمثابة تعويض تعاقدي وكافية لجبر الضرر اللاحق بالمستأنف ضده.."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/1979 والصادر بتاريخ 2005/05/31 (غير منشور) وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإقتصادي إختلف في طبيعة الفوائد عموما حيث هناك من يعتبرها مجرد تعويض عن نقصان القوة الشرائية للنقود الناتج عن التضخم المالي، وهناك من يعتبرها أنها تعويض عن مخاطرة الدائن بماله ما يفرض المدين ويجهل مدى وفائه بإلتزاماته، بينما هناك من يعتبرها أنها مجرد مساهمة من المدينين في نفقات ومصاريف الدائنين، أو أجرة لإستعمال الدين من طرف المدين، مدة المدينية وتعويض للدائن عن الخسارة

والمشرع المغربي لم يقم بتحديد السعر القانوني لفوائد التأخير على خلاف ما فعل المشرع الأردني[1]، واكتفى بالنص في الفصل 263 من قانون الإلتزامات والعقود على أن التعويض يستحق أما بسبب عدم الوفاء بالإلتزام وإما بسبب التأخر في الوفاء به، لكن ذلك لا يعني استبعاد الحكم بها بشكل نهائي، ذلك أن المشرع نص عليها في الفصل 875 من قانون الإلتزامات والعقود وأعطى للمتضرر حق الاستفادة منها بغض النظر عن كون المعاملة مدنية أو تجارية[2].

ويلاحظ أن الغموض الذي يحيط بالتعويض عن التأخير أو الفوائد القانونية في نطاق التشريع المغربي قد انعكس على العمل القضائي وخصوصا فيما يتعلق بشروط استحقاقه، فبعض القرارات الصادرة عن القضاء تذهب إلى ضرورة قيام الدائن بإعذار المدين وفقا

التي تلحق بعدم إستعماله هو مباشرة ذلك المال في مشاريع خاصة به وبقبوله التخلي عن هذا الإستعمال لفائدة المدين الذي سيوظف ذلك المال لمصلحته الشخصية وفي تنمية المشاريع الخاصة به، أنظر في ذلك:

- آسية والعلو: الفوائد البنكية من خلال العمل القضائي، الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكية، م.س.ص258
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص672

(1)- وقد نصت المادة 176 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه " 1) إذا كان المدين قد تعهد بتأدية مبلغ من النقود في وقت معين وامتنع عن أدائها عند حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن إثبات تضرره من عدم الدفع. 2) إذا كان في العقد شرط بشأن الفائدة يحكم بما قضى به الشرط. وان لم يكن هناك شرط بشأنها فتحسب من تاريخ الإخطار العدلي. وإلا فمن تاريخ المطالبة بها في لائحة الدعوى أو بالادعاء الحادث بعد تقديم اللائحة المذكورة. 3) تترتب الفائدة على التعويض والتضمينات التي تحكم بها المحكمة لأحد الخصوم وتحسب الفائدة من تاريخ إقامة الدعوى.4)- مع مراعاة ما ورد في أي قانون خاص، تحسب الفائدة القانونية بنسبة (9%) سنويا، ولا يجوز الاتفاق على تجاوز هذه النسبة"

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " حيث أن المدعين طالبوا بالفائدة بلائحة الدعوى وحيث أن المادة 167/ 3 من الأصول المدنية قد أوجبت الحكم بالفائدة القانونية حين الحكم للمدعي بطلباته وحيث أن محكمة الدرجة الأولى قد ردت دعوى المدعين فيما يتعلق بالفائدة القانونية وأيدتها بذلك محكمة الاستئناف مخالفين بذلك أحكام المادة 167/ 3 من الأصول المدنية مما يجعل من هذا السبب يرد على القرار المميز من هذه الجهة ويوجب نقضه..."

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1999/2696 والصادر بتاريخ 31/05/2000 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- وقد نصت المادة 875 من قانون الإلتزمات والعقود المغربي على أنه " في الشؤون المدنية والتجارية، يحدد السعر القانوني للفوائد والحد الأقصى للفوائد الاتفاقية بمقتضى ظهير خاص"، ومع أن هذا النص جاء في إطار عقد القرض إلا أن ما يلاحظ أن الفقه والقضاء المغربيين إعتبراه نصا عاما يجوز الإعتماد عليه للحكم بالفوائد القانونية، أنظر في ذلك :

- مصطفى مصباح شليبك: تعويض الضرر المعنوي في إطار المسؤولية التقصيرية، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم للقانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الدراسية 1998-1999، ص202
- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون الإلتزامات والعقود المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 1991، ص 377

وقد قررت محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث أن الفائدة المحكوم بها هي الفائدة القانونية والتي تعتبر تعويضا عن الضرر اللاحق بالدائنة من جراء التأخير في الوفاء وتستحق من تاريخ حلول الدين ولا علاقة لها بمبدأ تنفيذ الطاعنة للعقد.."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/1386 والصادر بتاريخ 2003/04/22 (غير منشور)

لمقتضيات الفصل 255 من قانون الإلتزامات والعقود[1]، بينما تذهب قرارات أخرى إلى أن هذا النوع من التعويض لا علاقة بالتعويض عن التأخير الوارد في الفصول 255 وما بعد وبالتالي لا يشترط الإعذار[2]، وفي جدل من نوع آخر تذهب بعض القرارات إلى أن الفوائد القانونية هي نفسها التعويض عن التماطل ولا يجوز الجمع بينهما[3]، بينما تذهب قرارات أخرى إلى التمييز بينهما[4].

وعلى أي حال فخارج نطاق التعويض القانوني والإتفاقي يبقى للقضاء سلطة تقديرية واسعة في تحديد مبلغ التعويض المستحق، لكن هذه السلطة أو الصلاحية تحكمها ضوابط معينة، فلا يمكن إعتبارها مجرد حالة نفسية يحكم خلالها القاضي حسب أهوائه وميولاته، فتقدير التعويض هو مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب من القاضي عند الاضطلاع بها استبعاد كل إجحاف أو مغالاة فيلتزم بالبحث في عناصر الضرر وتقدير التعويض بقدره، وفي سبيل تحقيق ذلك مكن المشرع من اللجوء إلى ذوي الخبرة والاختصاص إذا استعصت

---

(1)- فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث أن الفوائد القانونية تعتبر بمثابة تعويض وبما أن عدم أداء المستأنف لما في ذمته لم يكن للتماطل وإنما لنزاع حول توزيع الدين لذلك فإن المستأنف عليها تبقى غير محقة في الفوائد وفي التعويض"

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2005/2923 والصادر بتاريخ 2005/07/21 (غير منشور)

(2)- فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث تمسكت المستأنفة بكون الحكم جانب الصواب لما قضى بالفوائد القانونية وذلك نظرا لعدم وجود أي إنذار فان ذلك مردود على اعتبار أن الفصل 871 من ق.ل.ع. ينص على انه يفترض اشتراط الفوائد القانونية إذا كان احد الطرفين تاجرا، وبما أن المستأنفة تاجرة فان الحكم عليها بأداء الفوائد القانونية يكون قد تم تطبيقا للمقتضيات المذكورة أعلاه والتي لا تشترط أي إنذار، لذلك يتعين رد هذا الدفع لعدم ارتكازه على أساس.."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2004/2358 صدر بتاريخ 2004/07/01 (غير منشور)

(3)- وقد قررت محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث فيما يخص الفوائد القانونية عن التعويض عن الضرر، فإن المستأنف عليها استفادت من الفوائد الاتفاقية وكذا التعويض عن التماطل، وبالتالي لا يحق لها أن تستفيد من التعويض مرتين على اعتبار أن الفوائد القانونية هي بمثابة تعويض عن التأخير في الأداء، مما يتعين معه رفض الطلب بشأنها..."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/2108 والصادر بتاريخ 2003/6/17 (غير منشور)

(4)- فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث بخصوص عدم استجابة الحكم لطلب الفوائد القانونية على أساس انه لا يمكن الجمع بينها وبين التعويض، فانه مما لا جدال فيه أن التماطل منصوص عليه في الفصل 255 ق ل ع والذي نص على أن المدين يصبح في حالة مطل عند حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للالتزام ،ومعناه أن هناك امتناع عن تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه طبقا للعقد المبرم بينه وبين الدائن من غير سبب معقول، وحيث أن الفصل 263 ق ل ع نص على انه يستحق التعويض أما بسبب عدم الوفاء بالالتزام وإما بسبب التأخير في الوفاء به،وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين بمعنى انه قائم على أساس قرينة الخطأ من طرف المدين، وحيث أن الفوائد القانونية فغالبا ما تكون منصوص عليها في نصوص خاصة ،فنجد مثلا أن الفصل 872 ق ل ع ينص على أن فوائد المبالغ التي تتضمنها الحسابات الجارية تستحق بقوة القانون على من يكون مدينا بها، وحيث يلاحظ بالتالي أن الأساس القانوني لكل من الفوائد القانونية والتعويض عن التماطل مختلف وان الاجتهاد القضائي أعطى لكل منهما تعريف خاص وأشار إلى خصائص كل منهما ،بالإضافة إلى ذلك لا يوجد أي نص قانوني يمنع الجمع بينهما..."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/1699 والصادر بتاريخ 2000/7/18 (غير منشور)

عليه أي مسألة يكون من شأن الكشف عليها إعطاء الوصف الحقيقي أو التكييف القانوني للوقائع.

لكن بما أن الخصوم ملزمين بتقديم الوقائع، في حين يلتزم القاضي بتطبيق القانون على الواقع المعروض عليه، فإنه يلزم التمييز بين تحديد عناصر الضرر وتقديره، فعناصر الضرر تؤخذ جميعا بعين الإعتبار وليس لقاضي الموضوع سلطة حيال ذلك، ما دامت هذه العناصر واجبة الإعتماد وتدخل في تقدير الضرر بمقتضى القانون، أما تقدير التعويض فيدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، والذي يختلف باختلاف وجهة نظر القضاء إلى قيمة الضرر في الحالات المختلفة[1].

الفقرة الثانية: عناصر تقدير التعويض

قلنا سابقا أن سلطة القاضي في تقدير التعويض ليست مطلقة بل هي مقيدة ببعض القيود التي يجب مراعاتها عند إصدار الحكم بالتعويض، من بين هذه القيود ما هو اتفاقي ومنها ما هو قانوني، كما أن محكمة الموضوع لا تحدد التعويض حسب هواها بل يتحتم عليها عند تقديره أن تحترم كل القواعد التي سطرها المشرع في ذلك، ويرتبط التعويض أساسا بعنصر الضرر كمناط له (أولا)، لكن بالإضافة إلى ذلك هناك بعض العناصر الأخرى التي قد يأخذها القاضي في الحسبان عند تقديره للتعويض من بينها مدى جسامة الخطأ وكذلك الظروف الملابسة لوقوع الضرر (ثانيا).

أولا: مناط تقدير التعويض (الضرر المستحق للتعويض)

يمثل الضرر العنصر الأساسي في قيام المسؤولية المدنية عموما، وهو كذلك يعتبر أساس الحكم بالتعويض، فالتعويض جبر للضرر وهو الجزاء الذي رتبه المشرع لقيام المسؤولية المدنية، والضرر لا يمكن تصور وجوده إذا لم يكن يعوض عنه، فلو تجرد الضرر الذي أصاب الدائن من الحماية القانونية أصبح التعويض عنه إلتزام غير قانوني، ولو كان من الناحية العملية لا يزال يعتبر ضررا[2]، والضرر نوعان مادي ومعنوي، والضرر المادي هو الذي يصيب الدائن في ذمته المالية، أما الضرر المعنوي فهو ما يصيب الدائن من ضرر في سمعته وشرفه وكرامته.

ولا يوجد خلاف بشأن التعويض عن الضرر المادي وفقا للنصوص القانونية في التشريعين المغربي والأردني، فكل ضرر يصيب الدائن ويؤدي إلى إحداث خسائر تمس

---

(1)- المصطفى بوزمان : تعسف الأقلية داخل الجمعيات العامة لشركة المساهمة،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا ، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الدراسية 2008-2009 ص 134

(2)- أنظر في ذلك :

- أنور سلطان : مصادر الإلتزام، م، س، ص 275 وما بعد
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س،ص 556

نمته المالية بشكل مباشر إلا ويعوض عنه[1]، أما بالنسبة للضرر المعنوي والذي لا يترتب عنه خسارة مالية مباشرة وإنما خسارة أدبية نظرا لأنه لا يصيب المضرور في أمواله وإنما في معنوياته[2]، فقد ثار خلاف في الفقه الأردني حول مدى جواز التعويض عنه في إطار المسؤولية العقدية، فبينما يرى فريق أن هذا الضرر يعوض عنه شأنه شأن المسؤولية التقصيرية يرى توجه آخر أن المشرع الأردني لم يجز الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي[3]، وهذا الإتجاه الأخير هو الذي تبنته محكمة التمييز الأردنية[4].

(1)- وقد نص الفصل 264 من قانون الإلتزامات والعقود على أنه " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام..."، بينما نصت المادة 363 من القانون المدني الأردني على أنه " إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه"، والضرر المادي سهل التقدير فيتحدد بمجرد معرفة قيمة ما أخل به المدين في تنفيذ إلتزامه، أنظر في ذلك :

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، م.س.ص99 وما بعد

(2) ولا يثار أي إشكال بخصوص التعويض عن الضرر المعنوي في إطار التشريع المغربي سواء بالنسبة للمسؤولية التقصيرية أو العقدية، فكلما تبين وقوع ضرر بغض النظر عن كونه مادي أو معنوي إلا وحكم القضاء بالتعويض عنه، كما أن الفقه المغربي بدوره يرى بأن المشرع لم يشترط أن يكون الضرر ماديا حتى يتم التعويض عنه، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء "وحيث أن هذا الخطأ أدى وبدون شك إلى إحداث إضرار مادية ومعنوية للمستأنف عليه، وحيث أن اقل الأضرار المادية التي ثبتت للمحكمة تتجلى في ممارسة المستأنف ضده لهذه المسطرة التي وصلت رسومها القضائية حوالي 10.410,00 درهم بالإضافة إلى صائر الخبرة وصائر مسطرة المحضر الاستجوابي، وحيث أن الضرر المعنوي يكون ولاشك أكثر من ذلك بكثير على اعتبار أن المستأنف ضده محامي وله سمعته ويحتاج في حياته اليومية إلى استعمال دفتر الشيكات توصل برسالة إنذار وتهديد من المستفيد من الشيك يخبره فيها بأنه سيتقدم بشكاية جنحية من اجل النصب والاحتيال وإصدار شيك بدون رصيد..."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2003/792 والصادر بتاريخ 2003/03/10 (غير منشور)
- سعيد الدغيمر: تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي، م، س،ص 133 وما بعد

(3)- ويستند الفريق الذي يرى بجواز التعويض عن الضرر المعنوي على مقتضيات المادة 267 من القانون المدني، بينما يرى الفريق الثاني وعن حق أن هذه المادة تتعلق بالتعويض في إطار المسؤولية التقصيرية، أنظر في هذه الإتجاهات وما يستند عليه كل منهما :

- أنور سلطان : مصادر الإلتزام، م، س، ص 271
- عدنان السرحان ونوري خاطر : شرح القانون المدني، م، س، ص 324
- عبد الناصر أبو البصل : دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس، عمان، 1999 ص 334

(4)- وقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية " ومن حيث أن الأسباب التي ساقها الخبير كأساس للتعويض عن الضرر الأدبي لا تصلح لتقرر هذا التعويض فقد كان على محكمتي الموضوع استبعاد ما جاء بتقرير الخبير من هذه الناحية ، ذلك أن الاجتهاد القضائي استقر على أنه لا تعويض عن الضرر المعنوي عن المسؤولية التعاقدية وأن التعويض ينحصر في الضرر الواقع فعلاً وفقاً لأحكام المادة 363 من القانون المدني".

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2006/2137 والصادر بتاريخ 24/01/2007 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

ويجب في كل الأحوال أن يكون الضرر مباشرا حتى يعوض عنه، والضرر المباشر هو الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير بالوفاء به، أو إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول، فالضرر المباشر على هذا النحو هو الذي يرتبط بالخطأ بعلاقة سببية، وبذلك تقف عنده مسؤولية المدين ويتعين عليه أداء التعويض، وهو إما أن يكون متوقعا أو غير متوقع، والمبدأ أن المدين في إطار المسؤولية العقدية لا يسأل إلا عن الضرر المباشر المتوقع[1]، أما الضرر غير المتوقع فلا يسال عنه إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم انسجاما مع مبدأ عدالة التعويض[2].

والضرر المتوقع هو الذي أمكن للأطراف توقع حدوثه وقت إبرام العقد، وقصر التعويض على الضرر المتوقع يرجع إلى أن إرادة الطرفين هي التي تحدد التزاماتهم في العقد البرم بينهما، والضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد فلا تعويض عنه[3]، ومعيار تقدير مدى توقع الضرر أو عدم توقعه معيار موضوعي مجرد يتحدد قياسا مع الرجل المعتاد الذي يوضع في نفس الظروف، وليس وفقا للمعيار الشخصي الذي يقدر بالنظر للمدين نفسه.

وبالإضافة إلى ذلك يشترط في الضرر حتى يتم التعويض عنه أن يكون واقعا أو محقق الوقوع، والضرر الواقع هو الضرر الحال والذي تحقق بالفعل، أما الضرر المحقق الوقوع فهو الذي يكون تحققه حتميا وليس مجرد إحتمال، فسبب قيامه قد تحقق لكن مقوماته لم تكتمل في الحاضر، وإن ظهر ما يجعل حصوله في المستقبل أكيدا[4]، وينبغي

---

(1)- أنظر في ذلك :
- أنور سلطان: مصادر الإلتزام، م، س، ص250
- محمد الكشبور: المهن القانونية الحرة، إنطباعات حول المسؤولية والتأمين، مقال منشور في المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 25 سنة 1991، ص 144وما بعد
- سعيد الدغيمر: تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي، م، س، ص282
- عاطف النقيب : النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، س، ص 279
- عبد الناصر أبو البصل : دراسات في فقه القانون المدني الأردني، م، س، ص 335
- عدنان السرحان ونوري خاطر : شرح القانون المدني، م، س، ص 325
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م س، ص 562

(2)- أنظر في ذلك :
- محمد الشحات الجندي: ضمان العقد أو المسؤولية العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 151
- أنور سلطان : مصادر الإلتزام، م س، ص 249

(3)- أنظر في هذا الصدد :
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م س، ص 562 و 563
- إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، م، س، ص 634
- أنور سلطان : مصادر الإلتزام، م، س، ص 275

(4)- أنظر في ذلك :
- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون الإلتزامات والعقود المغربي، م، س، ص370
- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، م، س، ص 439 وما بعد

التمييز هنا بين الضرر محقق الوقوع أو المستقبل والضرر المحتمل، فهذا الأخير هو ضرر لم يقع، ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع، فيتوقف وقوعه على ظرف غير مؤكد، وهذا النوع من الضرر لا يمكن أن يكون محلا للتعويض إلا إذا وقع بالفعل إذ أنه ضرر افتراضي والأحكام لا تبنى على الافتراض.

لكن قد يدق التمييز أحيانا بين ما يعتبر ضررا محققا خاصة إذا كان مستقبلا، وبين ما يعتبر ضررا احتماليا، كما هو الشأن بالنسبة للضرر الذي يصيب الدائن بسبب ضياع فرصة تحقيق كسب نتيجة لفعل المدين، فلو أراد العميل إستعمال أداة التحويل البنكي الإلكتروني لشراء أمرا يعتبر بالنسبة إليه فرصة في شرائه، لاحتياجه الشديد له أو نظرا لزهد ثمنه بالنسبة إلى قيمته الحقيقية، أو لدفع مبالغ لبضاعة يلاحقها التلف، فلم يستطع فعل ذلك نتيجة لفشل النظام الإلكتروني الذي وضعه البنك، ففي هذه الحالة يكون هناك كسب احتمالي، كان يمكن أن يتحقق كما كان يمكن أن لا يتحقق، وجاء الفعل الضار وقضى على تحققه[1].

والكسب الفائت لا يعتبر من قبيل الضرر المحتمل في التشريع المغربي[2]، إنما هو نوع من الضرر المحقق الوقوع، حيث تعتبر تفويت الفرصة من قبيل الضرر المحقق وتفتح الباب أمام المطالبة بالتعويض، لكن تجب مراعاة مدى إحتمال نجاح الدائن في الفرصة التي فاتته في تقدير هذا التعويض، فما لا شك فيه أن مقدار التعويض سيزداد كلما كانت نتيجة الفرصة أكثر احتمالا[3]، أما بالنسبة للتشريع الأردني فلم يوجد نص

---

(1)- فالكسب الذي فات لم يكن سوى مجرد أمل غير مؤكد تحققه، ومن جهة أخرى فإن هذا الأمل صار مستحيلا تحققه قبل الأوان بخطأ من المتسبب فيه الذي حرم المتضرر من فرصة كان من شأنها أن تجعل له حظا في تحقق أمله لو سارت الأمور سيرها الطبيعي، وفي الواقع إن مجرد تفويت فرصة للكسب قد يكون في حد ذاته محققا، إلا أن هذا الضرر لا يصح تقديره بمقدار الكسب الذي فاتت فرصته، بل بالقدر الذي كان يحتمل معه تحقق الكسب من هذه الفرصة المفوتة، أنظر في التعويض عن تفويت الفرصة :

- أيمن إبراهيم العشماوي: تفويت الفرصة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط الثانية 2000، ص35.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل : تعويض تفويت الفرصة، منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد 2،السنة العاشرة 1986 ، ص 81 ا

(2)- فقد نص المشرع صراحة في المادة 264 على أن التعويض يشمل الضرر المتحقق فعلا والكسب الفائت، كما أكد على ذلك القضاء، ففي قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء " حيث يتمسك هذا الأخير بان مبلغ 7000 درهم الذي قضت به محكمة الدرجة الأولى كتعويض غير كاف لتغطية الأضرار اللاحقة به من جراء منعه تعسفيا وطيلة سنة من استعمال الشيكات علما بأنها ضرورية في الميدان التجاري ومحكمة الاستئناف بما لها من سلطة تقديرية ارتأت رفع مبلغ التعويض إلى حدود 30.000 درهم.."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2361-2005/2362 والصادر بتاريخ 2005/06/21 (غير منشور)

(3)- وفي كيفية تحديد التعويض عن الكسب الفائت يرى بعض الفقه إن مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة يفسر عن طريق المقارنة بين الضرر الكلي الناتج عن الحرمان من النتيجة النهائية وبين الضرر النسبي المرتبط بخطأ المتضرر في بلوغ هذه النتيجة في حين يرى البعض الآخر أن على المحكمة أن تراعي عند تقدير التعويض عن تفويت الفرصة مدى رجحان تحقيقها،فترى إلى أي حد كان إحتمال تحصيل نتيجتها أو عدم تحصيلها كثيرا

يعطي الحق للدائن بالمطالبة بالتعويض عن فوات الكسب مما دفع محكمة التمييز الأردنية في تفسيرها للقانون المدني إلى رفض التعويض عنه[1].

ثانيا : العناصر الأخرى المؤثرة في تقدير التعويض

الأصل في التعويض أن يقدر بناءا على مقدار الضرر الذي أصاب الدائن، لكن أشارت بعض التشريعات إلى عناصر أخرى يجب على القاضي أخذها بعين الإعتبار عن تقديره للتعويض، فالمادة 264 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي نصت على أن "...تقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول لفطنة المحكمة، التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه..."، ويقصد بالظروف الخاصة تلك الشخصية التي تلابس المضرور[2].

وقد أثارت مسألة الظروف الملابسة أو الخاصة إشكالا لدى الفقه، فظهر تياران[3]، الأول ينادى بالإعتماد على المعيار الموضوعي الذي يستبعد أي اعتبارات شخصية لأطراف المسؤولية المدنية، فيرى بأن مدى التعويض إنما يقاس بمدى الضرر الحاصل ليس إلا ومن ثم فإن الاعتبارات الشخصية للطرفين لا سيما درجة جسامة الخطأ والمركز المالي لكل منهما يجب ألا يعتد بها بتاتا عند تقدير التعويض، ذلك أن القول بخلاف ذلك سوف يؤدي إلى تضارب في الأحكام.

وتقتضي بتعويض مساوي له، ومن الملاحظ أن المسألة إجتهادية يختلف فيها التقدير، وعلى كل حال ينبغي ألا يمنح المضرور تعويض يعادل ما كان سيحصل عليه لو تحقق أمله.

- عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، م، س، ص290
- سعيد الدغيمر: تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي، م، س، ص 143-144
- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، م، س، ص 161

(1)- وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " إذا قامت الجهة المدعى عليها بإنهاء العقد من جانبها وقامت بمنع المدعي من استغلال المقصف وأنه لحق بالمدعي أضرار تضمنها تقرير الخبرة حيث قضت المحكمة للمدعي بمبلغ 3370 دينارا" هي 970 دينارا فرق قيمة التجهيزات إضافة لمبلغ 2400 دينار بدل الكسب الفائت، وحيث أن طلبات المدعي تستند إلى المسؤولية العقدية التي يدعي أن الجهة المدعى عليها أخلت بها وفقا لشروط العقد المتكون بين الطرفين فإن ما يتوجب الحكم به حال الإمضاء عن تعويض للمدعي هو قيمة الضرر الفعلي الذي لحق بالمدعي فقط وليس الحكم إضافة لذلك بفوات الكسب ، إذ أن الحكم بفوات الكسب بتقرير حال التعويض استنادا للمسؤولية التقصيرية..".

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2007/2319 والصادر بتاريخ 02/02/2008 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- أنظر في المقصود بالظروف الخاصة أو الملابسة وأثرها على تحديد التعويض :

- عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 821
- حسين عامر وعبدالرحيم عامر : المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، م، س، ص 539
- عزالدين الديناصوري وعبدالحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، م، س، ص 990

(3)- أنظر في هذه التوجهات :

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، م، س، ص 183 وما بعد

أما الإتجاه الثاني يرى بضرورة الإعتماد على المعيار الشخصي عند تقدير التعويض، لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، لهذا فإنه من الأفضل الإعتداد بظروفه الشخصية عند تقدير التعويض، فوطأة الضرر تختلف من شخص إلى آخر، لهذا فحجم الضرر ليس هو العنصر الوحيد الذي يدخل في حساب التعويض، بل يتعين عند تقديره مراعاة كل العناصر الشخصية للطرفين، كجسامة الخطأ والمركز المالي لكل منهما وأي عامل آخر يمكن أن يؤدي إلى تخفيض التعويض أو زيادته، ويستفاد من نص الفصل 264 من قانون الإلتزامات والعقود أن المشرع المغربي أخذ بهذا الإتجاه الأخير[1].

لهذا فإن تقدير التعويض يتأثر بمدى جسامة خطأ المسؤول ومدى حسن نيته، ويجب على القاضي أن يدخل في الإعتبار ما إذا كان الضرر نتيجة خطأ غير مألوف أو نتيجة تدليس من مرتكب العمل الفعل الضار[2]، ويقدر التعويض وفقا لذلك، والحقيقة أن مقدار التعويض لا يجب أن يخرج عن المعايير المرابطة بالضرر في إطار المسؤولية العقدية، فلا يعوض إلا عن الضرر المتوقع فقط ما لم ينتج الضرر عن خطأ جسيم أو تدليس، ففي هذه الحالة يمتد إلى الضرر غير المتوقع[3].

أما بالنسبة للمشرع الأردني يلاحظ أن النص القانوني لا يعطي للقاضي سوى التعويض عن الأضرار الواقعة فعلا، وهذا يقتضي منه البحث في معايير الضرر وحدها دون المعايير الأخرى، فالاعتبارات الشخصية أو الملابسة لا تعتمد لتقدير التعويض في

(1)-وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى أن المحكمة عندما تقدر التعويض للمتضرر أن تبرز كل أو بعض العناصر التي اعتمدت عليها وما رافقها من ظروف وملابسات حتى يمكن للمجلس الأعلى بسط رقابته على حقيقية الضرر الذي لحق بالمتضرر، أنظر في ذلك :

- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 2749 بتاريخ 20 نوفمبر 1985،مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39، 1986، ص 102

وقد إنتقد بعض الفقه موقف المشرع المغربي على إعتبار أن الإستناد إلى الخطأ في تقدير التعويض فضلا عن أنه أمر يخرج بهذه المؤسسة القانونية عن مهمتها بل ويتنافى مع ما تقضي به مبادئ العدالة والإنصاف من جهة، وأنه أمر يعوزه السند المنطقي من جهة أخرى فإنه لم يعد يتلاءم مع التطورات الإقتصادية والإجتماعية الحاصلة وما رافقها من سمو في الفكر البشري وفي القيم الإنسانية مما أدى إلى تغيير النظرة إلى التعويض فصار يعتبر مقابلا لا جزاء.

- سعيد الدغيمر: تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي، م، س، ص 219

(2)- أنظر في ذلك :

- عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، م، س، ص 821
- حسين عامر وعبدالرحيم عامر : المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، م، س، ص 539

(3)- أنظر في هذا الصدد :

- سعيد الدغيمر : : تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي، م، س، ص 288
- مأمون الكزبري : نظرية الإلتزام في ضوء قانون الإلتزامات والعقود، م، س، ص408
- عبدالقادر العرعاري : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، م، س، ص.288

التشريع الأردني[1]، لكن على الرغم من ذلك يلاحظ أن المشرع في المادة 360 نص أن على المحكمة أن تقدر الضمان بمراعاة الضرر والعنت الذي بدا من المدين[2]، والحقيقة أنه على الرغم من كون أن هذه المادة جاءت في إطار التنفيذ العيني فإنها تعتبر حالة فريدة إذ يسمح فيها المشرع بالأخذ بمراعاة اعتبارات أخرى غير الضرر للحكم بالتعويض، وقد تكون أساسا صالحا لتفسير اللجوء إلى المعيار الشخصي في تقدير التعويض.

المطلب الثاني

تعديل العلاقة التعاقدية وإنهائها

إذا كانت الحرية التعاقدية وفقا لنظرية سلطان الإرادة هي التي تطبع دخول الأطراف في العقد، فإن انعقاد هذا العقد لا يمنح الحرية نفسها للأطراف قصد الخروج منه، وهذا هو مبدأ القوة الملزمة للعقد، فمتى قام العقد صحيحا وجب على الأطراف احترامه والإذعان لمقتضياته، ولا يجوز من حيث المبدأ لأحدهما أن يستقل بتعديله أو إنهائه، لكن على الرغم من ذلك فإنه في بعض الحالات قد يسمح القانون أو الإتفاق نفسه للقاضي أو العلاقة التعاقدية بالخروج عن هذا المبدأ، وعليه فإننا سنتناول تعديل العلاقة التعاقدية بين البنك والعميل (الفقرة الأولى)، ثم لإنهاء هذه العلاقة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعديل العلاقة التعاقدية

إن نظرية سلطان الإرادة لا ترى في العقد سوى مجرد إرادة حرة للطرفين، إرادة حرة في الإقدام على التعاقد أو الامتناع عنه، وإرادة حرة في إختيار المتعاقد الآخر، وإرادة حرة في تحديد مضمون العقد، ويترتب عن هذا أن العقد عندما يتم تكوينه فإن الآثار التي تنجم عنه لا يمكن أن تخرج عن تلك التي حددها الأطراف[3]، ثم إنه لما كان

(1)- ويلاحظ في هذا الصدد أنه على الرغم من إستقرار محكمة التمييز على عدم التعويض عن الضرر المعنوي، فإنه يلاحظ فيما يتعلق بمادة الشيك أن تلك المحكمة تلزم المسؤول بالأضرار المعنوية، ففي قرار لها جاء فيه " يفيد رفض البنك لوفاء قيمة الشيك موضوع الدعوى أن الساحب (المميز) عجز عن وفاء دينه بشيك سحبه ليكون أداة وفاء فورية ، وهذا يشكك في ملاءته المالية وقدرته على تسديد التزاماته ويعرقل بالتالي تعامله التجاري بشيكات اجله مع التجار الذين علموا بواقعه إعادة احد شيكاته دون صرف لعدم كفاية الرصيد مما يلحق به الضرر المادي لعرقله أعماله التجارية ، والمعنوي لاهتزاز سمعته وأمانته ومقدرته على الإيفاء بالتزاماته المالية – الأمر الذي يقيم مسؤولية البنك بالتعويض عما تسبب به من إضرار نتيجة خطأ المميز ضدها..."، والحقيقة أن محكمة التمييز الأردنية تقبل التعويض عن الضرر المعنوي في إطار الشيكات نتيجة لوجود نص قانوني خاص يحكم المسؤولية الناتجة عنها.

– قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2004/3132 والصادر بتاريخ 16/01/2005 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- وقد جاء في هذه المادة " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين"

(3)- أنظر في ذلك :

لا أحد يلزم بغير إرادته فإن العقد الذي يبرمه المتعاقدان ينبغي احترامه وتأويله وتطبيقه كالقانون تماما، ويستتبع هذا الحكم أن القاضي لا يحق له مراجعة العقد، وهو يضطلع بدور سلبي تجاهه يقتصر على الكشف عن خباياه قصد تنفيذ المقتضيات الواردة فيه كما حددتها إرادة الأطراف[1].

وإذا كانت نظرية سلطان الإرادة تفتح المجال أمام القاضي للتدخل في العقد من أجل تأويله وتفسيره عندما تستدعي ذلك ضرورة البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين[2]، فإنها بالمقابل تقف بالمرصاد في وجه أي تدخل للقاضي في العقد من أجل تعديله[3]، عندما تكون النية المشتركة للمتعاقدين واضحة أو بعدما يقوم بالكشف عن توفر النية المشتركة، وذلك بدعوى أن بعض الشروط لا تتفق مع مبادئ العدالة، ومعنى هذا أن القوة الملزمة للعقد تمنح القاضي دورا سلبيا في تعديله، إلا أنه على الرغم من موقف نظرية سلطان الإرادة هذا فإنه في بعض الحالات نجد أن القضاء يقوم بدور إيجابي مباشر في تعديل العقد.

وتدخل القضاء بتعديل العقد قد يكون بالاستناد إلى رخصة خولها له المشرع للقيام بذلك في بعض الحالات التي تشكل استثناءا عن المبدأ الذي يلزم القاضي بالوقوف موقف الحياد من العقد[4]، لكن ومع ذلك فإن الواقع يدل على أن القاضي قد يقوم حتى في

- محمد شيلح : سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، م، س، ص 199
- عبد الرحمن عياد : أساس الإلتزام العقدي، م س، ص 20 وما بعد

(1)- وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " لمحكمة الموضوع وبما لها من سلطة تفسير العقود والشروط والقيود المختلفة عليها بما تراه أوفى بالمقصود في العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط بيان أسباب ذلك ليتسنى لمحكمة التمييز بسط رقابتها على ما إذا كان قد أخذت في تفسيرها بإعتبارات معقولة ، ولها أن تبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بالاستهداء بطريقة التعامل والطريقة التي نفذ بها أطراف العقد عقدهم..."

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2004/3123 والصادر بتاريخ 23/03/2005 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)- أنظر الفصول 461 إلى 473 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي، والمواد 213 إلى 240 من القانون المدني الأردني.

(3)- وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث أن الفصل 230 ق ل ع ينص على أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئها، فان شروط العقد ملزمة للجانبين خاصة وأنها مشروعة، ولا يمكن لأي من الطرفين أن ينقص أولا ينفذ أو يعدل هذه الشروط بل لا يجوز ذلك حتى للقاضي والذي يقتصر عمله على تفسير مضمونها..."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/1021 والصادر بتاريخ 2000/05/09 (غير منشور)

(4)- كما في حالة تعديل التعويض الإتفاقي وإلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان وعقود الإستهلاك، وكذلك التدخل القضائي بمقتضى نظرية الظروف الطارئة، ونشير في هذا الصدد إلى أن المشرع المغربي لم يضع نصا عاما يسمح لقاضي بالتدخل في إطار نظرية الظروف الطارئة على خلاف ما فعل المشرع الأردني بمقتضى المادة 205 من القانون المدني والتي جاء فيها " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، لكن المشرع المغربي أعطى

الحالات العادية التي لا يسمح فيها القانون له بالتدخل في العقد من أجل تعديله، بإنقاص بعض الشروط أو الإضافة فيها، بل الأكثر من ذلك أنه قد يقوم حتى بتغيير طبيعة العقد نفسه[1]، كل ذلك تحت ستار الإرادة المشتركة للمتعاقدين، حتى ولو كانت هذه الإرادة ليست حقيقية بل محتملة.

فإلغاء المجلس الأعلى لأحد الشروط الصريحة في العقد بحجة أنه " إجراء تكميلي" يدل على أن الدور الذي يضطلع به القضاء يتعدى مجرد البحث عن إرادة المتعاقدين في إطار سلطته التفسيرية والتأويلية[2]، ليصل إلى التطبيق الصحيح للعقد بالنظر لما تقتضيه القواعد المكملة والعادات والأعراف والعدالة أو حسن النية، بمعنى أن القاضي عندما يعرض عليه النزاع التعاقدي فإنه لا يقوم بالتأويل بالنظر لما تقتضيه إرادة الأطراف المعبر عنها في العقد بقدر ما يعمد إلى تعديله بالنظر إلى العقد كوحدة واحدة بتكملته بإضافة ما نقص منه وإزالة ما يعتبر خارجا عن مضمونه من شروط.

للقاضي دور إيجابي لتعديل العقد من خلال تكملته فالفصل 463 من قانون الإلتزامات والعقود ينص على أنه " تعتبر مضافة لشروط العقد، الشروط الجاري بها العمل في مكان إبرامه والشروط التي تقتضيها طبيعته"، كما يمكن الإعتماد على الفصل 231 من نفس القانون لإعتبار هذه الحالات نوعا من التعديل الذي يباشر فيه القاضي دوره الإيجابي طالما أن تكملة العقد لا يمكن إسنادها إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ما دامت هذه الإرادة منعدمة أصلا، أنظر في ذلك :

– محمد شيلح : سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، م، س، ص 260 وما بعد

(1)– وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " وفي حالة الدعوى المعروضة ولوجود غموض وتناقض بين ما ورد في البند الخامس من الاتفاقية المبرمة بين الطاعنة والمطعون ضده وما ورد في البند السادس في الاتفاقية الأخرى المبرمة بينهما من وصف بأن هذين العقدين ليسا عقد عمل ولا يخضعان لقانون العمل وبين ما ورد في باقي بنود هذين العقدين وطبيعة العلاقة بين الطرفين وظروف الدعوى فقد بادرت محكمة الاستئناف بصفتها محكمة موضوع إلى تفسيرهما والوقوف إلى النية المشتركة للطرفين وفقاً للصلاحية الممنوحة لها في الفقرة الثانية من المادة (239) من القانون المدني، ووجدت في ظروف الدعوى ونصوص العقدين وطبيعة العلاقة بينهما توافر شروط عقد العمل، وحيث أن ما حلصت إليه محكمة الاستئناف يستند إلى بينات قانونية موجودة في الدعوى تؤدي إلى ما استخلصته محكمة الموضوع من أن قانون العمل ينطبق على المطعون ضده يتفق وأحكام القانون"

– قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 2006/3381 والصادر بتاريخ 25/02/2007 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

(2)– وقد جاء في حيثيات هذا القرار " حيث ينعي الطاعن على القرار المطعون فيه خرق قاعدة قانونية خاصة وانعدام التعليل وعدم استناد التعليل على الواقع بدعوى أنه أسس قضاءه على إعطاء تفسير مغاير لما تنص عليه الشروط النموذجية العامة لاستعمال البطاقة البنكية... لكن حيث إن إبعاد القرار للشرط الثاني من البند الخامس للشروط النموذجية لاستعمال البطاقة البنكية والمتعلق بالإدلاء بشهادة الضياع أو السرقة المسجلة لدى مصلحة الشرطة كان بعلة "أنه مجرد إجراء إضافي أو تأكيدي لا يبعد مسؤولية البنك" وهو تعليل ينطبق على الاستعمال في الشبابيك البنكية التي لم تدل الطالبة بما يثبت إعطاء تعليماتها لجميع وكالاتها والبنود المنخرطة في نظام فيزا بإيقاف استعمال البطاقة الضائعة كما ورد بالوسيلة، كما ينطبق على الاستعمال في المحلات التجارية التي يتعذر استعمالها فيها من الغير لتكفل صاحب المتجر بالتأكد من هوية المستعمل تحت مسؤوليته وبمطابقة التوقيع عليها بالتوقيع على الفاتورة فيكون القرار معللا والوسيلتان على غير أساس"

– قرار المجلس الأعلى عدد 439 الصادر بتاريخ 22 مارس 2000 سبقت الإشارة إليه

ومبدأ القوة الملزمة للعقد كما يقيد القاضي فأنه من باب أولى يعتبر مقيدا لحرية أطراف العلاقة أنفسهم، فلا يجوز لأحدهم أن يستقل بتعديل العلاقة التعاقدية دون موافقة الطرف الآخر، لكن في بعض الحالات- كما هو حال عقود التحويل البنكي الإلكتروني- قد يشترط أحد الأطراف احتفاظه بحق تعديل العقد بصفة انفرادية دون أن يكون للطرف الآخر أي دور في هذه التعديلات[1]، ولا شك أن هذه الشروط بدورها تخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فتكون نافذة في مواجهة الطرف الآخر، ذلك أن الطرف الذي يقوم بتعديل العقد إنما يستعمل حقا من حقوقه المكتسبة بموجب العقد نفسه.

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن للطرف المتضرر من هذه التعديلات أن يطالب بالتعويض عن الضرر الواقع له بناءا على نظرية التعسف في إستعمال الحق[2]، إذا ما كانت تلك التعديلات مجحفة في حقه، ولا شك أن مثل هذا القول لا ينسجم مع طبيعة العلاقة التعاقدية التي تجمع بين الطرفين، فنظرية التعسف في إستعمال الحق أساسها المسؤولية التقصيرية ولا يمكن لمن استعمل حقه الناتج عن العقد أن يكون متعسفا[3]، والطرف الآخر يمكنه المطالبة بفسخ العقد والتعويض إذا كانت هذه التعديلات مجحفة بحقه وفقا لمقتضيات المسؤولية العقدية لا التقصيرية، وذلك بتوفر أركانها، وما لم تقم تلك الأركان فلا مسؤولية على الطرف الآخر.

(1)- فقد نصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الشروط العامة لإستعمال بطاقة السحب للبنك العربي للمغرب على أنه "يحتفظ البنك العربي بحقه في إدخال أي تعديلات على شروط هذا العقد ويبلغها لعلم صاحب الحساب أو أصحاب البطاقة شهران قبل بداية تطبيقه"، كما نصت المادة 15 من الشروط والأحكام الخاصة بحملة بطاقة فيزا بنك القاهرة عمان على أنه "يحق للبنك وفي جميع الأوقات أن يعدل بمحض إختياره هذه الأحكام والشروط العامة.

(2)- وقد نص الفصل 94 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه " محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته، من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه"، ونصت المادة 292 من القانون المدني الأردني " إستعمال الحق العام مقيد بسلامة الغير فمن استعمل حقه العام وأضر بالغير ضرراً يمكن التحرز منه كان ضامنا"

والتعسف بوجه عام يعني إستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصود الشارع من شرع الحق، ويقصد به كذلك إستعمال سلطة يخولها الحق ولكن بقصد لا يتوافر به تحقيق مصلحة جادة مشروعة لصاحبه، بمعنى أن هذا الإستعمال ليس محظورا في ذاته، بل يجوز القيام به متى كان يستهدف تحقيق مصلحة مشروعة تتسم بالجدية، أنظر :

- محمد توفيق سعودي: بطاقات الإئتمان والأسس القانونية الناتجة عن إستخدامها، م، س، ص 69
- فداء يحيى الحمود: النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، م، س، ص62

(3)- وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " من المقرر أن التعسف في استعمال الحق هو صورة من صور الخطأ التقصيري ويدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية يوجب التعويض، والتعويض هنا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة"

- قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1993/251 والصادر بتاريخ 11/05/1993 منشور في الموسوعة القانونية الإلكترونية

والحقيقة أن القول بإعطاء أحد أطراف العلاقة التعاقدية سلطة تعديل العقد بإرادة منفردة إذا كانت له فوائده في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، نظرا لأن هذه العمليات تتطور باستمرار وتعتمد في تطورها وانتشارها على التقدم التكنولوجي والفني مما قد يقتضي تعديلا مستمرا في العقود البنكية لملاحقة التكنولوجيا الحديثة من ناحية، وما تظهره الممارسة من عيوب وأوجه قصور في النظام من ناحية أخرى، فإن ذلك لا يجب أن يكون على حساب العميل بزيادة ما يتحمله من إلتزامات أو بالتقليل من الحقوق التي يتمتع بها.

لكن توفير هذه الحماية للعميل لا يمكن أن تتم بالرجوع للقواعد العامة والتي تلزم الشخص بما ارتضاه في العقد، لهذا فإن الأمر يستدعي الخروج عن تلك القواعد الجامدة، لهذا قامت التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بمحاولة للتوفيق بين حق البنك في إجراء التعديلات على العقود التي يبرمها مع العملاء بما يتوافق مع التطور التكنولوجي من جهة، وحماية العميل الذي قد تؤدي تلك التعديلات إلى التأثير على حقوقه، من خلال إلزام البنك بإشعار العميل بتلك التعديلات قبل فترة معينة من دخولها حيز التنفيذ[1]، بحيث يكون على إطلاع بها، مع حفظ حق العميل في عدم قبولها واعتبار العقد مفسوخا نتيجة لذلك، وبهذا تكون التشريعات قد أعادت العقد المبرم بين البنك والعميل إلى المربع الأول، فالأطراف يلزمون بإرادتهم.

ومن التشريعات التي نصت على ذلك كل من التشريع الفرنسي[2]، أما بالنسبة للتعليمات الصادرة عن البنك المركزي الأردني فقد اتخذت توجها يغلب مصلحة البنوك على حقوق المتعاملين معه، فقد ألزمت البنك بإخطار العميل بالتعديلات التي يكون لها تأثير على ذمته المالية، لكنها في نفس الوقت لم تعطي للعميل الحق في رفض هذه التعديلات، أو على الأقل حقه بالاعتراض عليها، كما أن الفترة الزمنية التي يلزم البنك

---

(1)- والحقيقة أن ما جاءت به التشريعات ما هو إلا تكريسا لما جرت العقود البنكية على تضمينه في شروطها، وكل ما أضافته هو منح الحق للعميل بفسخ العقد دون أن يترتب عليه أي إلتزامات مالية، بحيث يعتبر إستخدام العميل للخدمة بعد إجراء التغييرات بمثابة موافقة عليها، ونشير في هذا الصدد إلى ما نصت عليه بعض العقود البنكية، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة التاسعة من الشروط العامة لإستعمال بطاقة السحب للبنك العربي للمغرب أنه " يترتب على رفض التعديلات من طرف المعني إعلام البنك في أجل أقصى 8 أيام وينتج عن ذلك فسخ هذا العقد ووجوب إعادة البطاقة أو البطاقة المتعلقة به إلى البنك العربي ش.م.ع"، كما جاء في المادة 15 من الشروط والأحكام الخاصة بحملة بطاقة فيزا بنك القاهرة عمان أنه "يحق للبنك وفي جميع الأوقات أن يعدل بمحض إختياره هذه الأحكام والشروط العامة بمجرد إشعار خطي لحامل البطاقة ويوافق على أن مثل هذا التعديل يصبح ملزما له من تاريخ الإشعار المذكور أو من التاريخ الذي يحدده البنك"

(2)- وقد جاء ذلك بالنص في الفقرة الثالثة من المادة (L314-13) على أنه :

"Tout projet de modification du contrat-cadre de services de paiement est communiqué sur support papier ou sur un autre support durable au client au plus tard deux mois avant la date d'application proposée pour son entrée en vigueur…"

بإخطار العميل قبل دخول التعديلات حيز التنفيذ تعتبر قصيرة جدا بالمقارنة مع التشريعات الأخرى(1).

والمشرع المغربي على الرغم من أنه لم ينظم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني إلا أنه أعطى للقضاء سلطة إلغاء الشروط التي تسمح للمهني بتعديل العقد بصفة منفردة في إطار علاقته بالمستهلك، وقد إستطاع المشرع المغربي حماية مصالح العملاء دون التأثير في نفس الوقت على حق البنك في تعديل العقود بما يتوافق مع التطورات التكنولوجية، فسمح للمهني بالإبقاء على تلك الشروط في الحالات التي تقتضيها التطورات التقنية على أن لا تؤدي إلى تحميل المستهلك إلتزامات مالية تفوق تلك التي يتحملها بمقتضى العقد قبل تعديله(2).

الفقرة الثانية: إنهاء العلاقة التعاقدية

بما أن العقد الذي يتم تكوينه على وجه صحيح يقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديه اللذان ارتبطا به بسبب توافق إرادتيهما، لهذا فإنهما لا يستطيعان التحلل منه إلا إذا أبرما عقدا جديدا يضع حد للعقد الأول، وتلغى بموجبه الإلتزامات الناشئة عن هذا الأخير، فلو كان بالإمكان وضع حد للرابطة العقدية بالإرادة المنفردة لما صح القول بأن العقد يقوم مقام القانون بين المتعاقدين، وعلى الرغم من كون إمكانية إلغاء العقد بإرادة المتعاقدين يعتبر من التطبيقات البديهية لمبدأ القوة الملزمة للعقد وفقا لنظرية سلطان الإرادة، فقد قامت التشريعات بإفراد نصوص خاصة تؤكد على هذا المبدأ وتنظمه تنظيما مفصلا(3).

وإذا كان المبدأ أن تتم إقالة العقود بالتراضي بين الطرفين أي بإنشاء عقد جديد يلغي العقد السابق، فإنه وفقا لنظرية سلطان الإرادة نفسها يجوز أن يشترط أحد الأطراف بأن يحتفظ لنفسه الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، ولا شك أن هذا الأمر لا يختلف عن

---

(1)- فقد نصت المادة 11 من تلك التعليمات على أنه " إذا رغب البنك بإجراء أي من التعديلات التالية: زيادة العمولات التي يدفعها العميل مقابل استخدام الخدمة الإلكترونية المقدمة له، زيادة الالتزامات على العميل تجاه البنك بخصوص الخدمة الإلكترونية المقدمة له، وضع أي قيود كمية على عدد أو سقوف التحويلات الإلكترونية لأموال العميل، فإن عليه أن يشعر العميل بذلك بالطريقة المتفق عليها قبل مدة أقصاها أربعة عشر يوما من إجراء هذه التعديلات"

(2)- وقد نصت المادة 18 على بعض الشروط التي تعتبر تعسفية والتي يكون الغرض منها أو يترتب عليها " 2- إحتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتوج أو السلعة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها، غير أنه يمكن التنصيص على أنه يجوز للمورد إدخال تغييرات مرتبطة بالتطور التقني شريطة ألا يترتب عليها زيادة في الأسعار أو مساس بالجودة، وأن يحفظ هذا الشرط للمستهلك إمكانية بيان الخصائص التي يتوقف عليها إلتزامه"

(3)- فقد قام المشرع المغربي بتنظيم إقالة العقود في المواد 393 إلى 398 تحت عنوان الإقالة الإختيارية، وقد نصت المادة 393 على أنه " تنقضي الالتزامات التعاقدية، إذا ارتضى المتعاقدان عقب إبرام العقد، التحلل منها وذلك في الحالات التي يجوز فيها الفسخ بمقتضى القانون"، أما المشرع الأردني فقد نظم إقالة العقود في المواد 241 إلى 249 من القانون المدني، وقد جاء في المادة 241 " إذا كان العقد صحيحا لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون"، كما نصت المادة 242 من نفس القانون على أنه " للعاقدين أن يتقابلا العقد برضاهما بعد انعقاده "

تعديل العقد بإرادة منفردة إذ أن الشخص في هذه الحالة إنما يستعمل حقا مخول له بمقتضى العقد، ولا يعتبر مثل هذا الأمر قيدا على عدم جواز إلغاء العقد بإرادة منفردة، كما أن هذا الشرط لا يعتبر شرطا إراديا محضا بالمفهوم الذي يقع فيه هذا الشرط باطلا[1].

وما يلاحظ من خلال الإطلاع على عقود تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني أن البنوك عادة ما تحتفظ لنفسها بالحق في إنهاء العقد دون أن تكون حتى ملزمة بإبداء الأسباب التي دفعتها لفسخه[2]، ومثل هذا الشرط إن كان صحيحا من الناحية القانونية فإنه يكون ناتجا عن استغلال البنك لقوته الإقتصادية ومركزه التعاقدي في مواجهة العميل كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، لهذا فإن التشريعات التي نظمت عمليات التحويل البنكي الإلكتروني لم تنكر على البنك حقه في إنهاء العلاقة بإرادة منفردة لكنها أعطت الحق نفسه للعميل بشرط أن يقوم الطرف الذي ينوي إنهاء العقد بإخطار الطرف الآخر في مدة معقولة[3].

وما تجب الإشارة إليه هو ضرورة عدم الخلط بين الشرط الذي يمنح أحد الأطراف حق إنهاء العقد بإرادته المنفردة والشرط الذي يتفق فيه المتعاقدين على الفسخ بقوة القانون عند عدم تنفيذ أحدهم لإلتزاماته الناتجة عن العقد، وهو الذي يطلق عليه الفسخ الإتفاقي[4]،

---

(1)- أنظر في ذلك :
- محمد شيلح : سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، م، س، ص 208
- مأمون الكزبري: نظرية الإلتزامات في قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الإلتـزام، م، س، ص 39

(2)- تنص الفقرة الرابعة من المادة 4 من الشروط العامة لإستعمال بطاقة انتر بنك التابعة لمصرف المغرب على أنه " يمكن للبنك أو لصاحب البطاقة أن يبادرا بفسخ العقدة في أي وقت دون أن يدلي الطرف المقدم على ذلـك بأي تدبير أو إشعار مسبق للآخر"، وهو نفس ما نصت عليه، والفقرة الرابعة من الفصل 5 من الشروط العامـة لبطاقة مايسطرو، الصادرة عن مصرف المغرب، والمادة 10 من عقد الحامل لبطاقة فيزا البنك الأهلي الأردني التي جاء فيها" من حق البنك أن يلغي البطاقة في أي وقت بغير إخطار أو أن يرفض تجديد أو إعادة إصدار أو إحلال أي بطاقة"

(3)- نص الفصل 13 من قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي على أنه " على المصدر أو المنتفع الذي يروم إنهاء العقد محدد المدة أن يعلم الطرف الآخر بذلك قبل شهر من تاريخ إنتهائه بواسطة وثيقة كتابية أو إلكترونية موثوق بها، ولا ينتهي العقد غير محدد المدة إلا بمضي شهرين من تاريخ الإعلام بإنهائه"، وقد نفس ما نـصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (L314-13) من قانون النقد والمالية الفرنسي، وكذلك فعلت القوانين الإسـتهلاكية حيث نصت الفقرة الثامنة من المادة 18 من القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك على أنه يعتبر تعسفيا الشرط الذي " يخول المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك ...." كما نصت الفقـرة الموالية على أنه يعتبر تعسفيا الشرط الذي يأذن للمورد إنهاء العقد غير المحدد المدة دون إعلام سابق داخـل أجل محدود إلا في حالة وجود أسباب خطيرة.

(4)- ولا يلزم أن يرد الشرط في عبارة أو أخرى، فأي عبارة تصلح إلى أن تقيم الشرط القاضي بوقوع الفسخ مـن تلقاء نفسه وبقوة القانون طالما أنها تدل على حقيقة حكمه ومضمونه على نحو بين يتأتى من الشك والغموض بل أن الإتفاق على ذات الحكم الذي صدر من شأنه هذا الشرط أن يرتبه يكفي لإعتبار أن العقد يتضمنه، كمـا أن الإتفاق على الفسخ قد يكون وقت تحرير العقد وقد يكون بعد تحريره، وقد جرى العمل على أن يطلق على النوع من الشروط بالشرط الصريح الفاسخ، للمزيد من الإطلاع والتوسع حول هذا الموضوع، أنظر:

فقد سمح القانون للأطراف بتضمين عقودهم مثل هذا الشرط ويكون العقد بموجب مفسوخا دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، إلا أن هذا الأمر لا يعفي المتعاقدين من ضرورة الإعذار ما لم يتفقا كذلك في العقد نفسه على عدم الحاجة إلى الإعذار[1].

والفسخ الإتفاقي ليس على درجة أو مرتبة واحدة، فذلك يتحدد وفقا لما اتفق عليه أطراف العقد، فقد يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه[2]، أو يتفقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار[3]، فأدنى مراتب الفسخ هو الإتفاق على أن يكون مفسوخا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه، وقد يضفي المتعاقدان على هذا الشرط قوة بأن يتفقا بأن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، أو دون حاجة إلى حكم وقد يصلا به إلى أقصى مراتب الفسخ بأن يتفقا بأن يكون العقد مفسوخا دون حكم أو إنذار[4].

وفي الحالة التي يتضمن فيها العقد مثل هذا الشرط أي الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم أو إنذار، فإن ذلك يحرم المتعاقد من ضمانتين، الأولى أن العقد يفسخ حتميا دون أن يكون لهذا العاقد بل ولا للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ وإنما يبقى الخيار للدائن، والثانية أن الفسخ يقع بحكم الإتفاق دون حاجة إلى

- محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين : الفسخ والإنفساخ والتفاسخ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998، ص13
- محمد حسين منصور : دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 11 وما بعد

(1)- لم يشترط المشرع المغربي الإعذار في الفسخ الإتفاقي على خلاف المشرع الأردني فقد نص الفصل 260 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه " إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون، بمجرد عدم الوفاء"، ونصت المادة 245 من القانون المدني الأردني " يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الإتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه"

(2)- وإقتصار إتفاق الأطراف على أن العقد يكون مفسوخا دون التطرق لمسألة اللجوء إلى القضاء أو الإعذار لا يؤدي إلى فسخ العقد بشكل تلقائي، بل لا بد لجوء صاحب المصلحة للقضاء حتى يتم تقرير الفسخ، إذ أن إتفاقهم هذا ما هو إلا ترديد لقاعدة الفسخ لعدم التنفيذ ولهذا فإن وجود هذا الشرط لا يغني عن الإعذار ولا عن رفع دعوى للحصول على الفسخ أنظر في ذلك :

- محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين : الفسخ والإنفساخ والتفاسخ، م ،س، ص 42 وما بعد
- محمد حسين منصور : دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، م، س، ص 15 وما بعد

(3)- وهذا الإتفاق يجعل العقد مفسوخا من الوقت الذي لم ينفذ فيه المدين إلتزامه، وفي حالة منازعة هذا الأخير في الفسخ فإن وجود هذا الشرط يسلب القاضي السلطة تقديرية للحكم في الفسخ، فيكون مجبرا على الفسخ، ويكون قراره كاشفا لا منشئ للفسخ، أنظر:

- محمد شيلح : سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، م، س، ص 226

(4)- أنظر في ذلك :

- محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين : الفسخ والإنفساخ والتفاسخ، م ،س، ص 43 وما بعد
- محمد حسين منصور : دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، م، س، ص 16

اللجوء للقاضي أو صدور حكم بالفسخ[1]، وبالتالي يكون المتعاقدين قد وصلا إلى أسمى وأقصى مراتب الفسخ بما لا يكون معه للقاضي سوى أن يحكم بالفسخ، ولكن له في ذلك الرقابة التامة للتحقق من انطباق شروط الفسخ ووجوب إعماله.

ولكن إذا لم ينص الأطراف على شرط الفسخ الإتفاقي فإن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه العقدي يخول الدائن حق المطالبة بفسخ العقد قضاءا[2]، والحقيقة أن الأصل في فسخ العقود أن يتم بواسطة القضاء، ويشترط للمطالبة بفسخ العقد أن يتعلق الأمر بداية بعقد ملزم للجانبين، ثم امتناع المدين عن تنفيذه إلتزامه الناشئ عن العقد، وأخيرا أن يكون الدائن قد نفذ إلتزاماته أو مستعدا لتنفيذها[3]، لكن إذا ما توفرت هذه الشروط، هل يحكم القضاء مباشرة بفسخ العقد؟

بالإطلاع على النصوص القانونية التي نظمت الفسخ القضائي يلاحظ أنها منحت الدائن الحق في المطالبة إما بتنفيذ العقد أو بفسخه حتى بعد رفع دعوى الفسخ إذ له أن

---

(1)- ويرى بعض الفقه في هذا الصدد أنه ينبغي على القاضي أن يكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين من وراء الشرط الفاسخ الذي ضمناه بالعقد، فإذا إنصرفت تلك الإرادة إلى ترتيب الفسخ نتيجة لإخلال المدين بإلتزامه، وهنا يتحتم على القاضي أن يحكم بالفسخ بشكل تلقائي، أما إذا كان إيراد هذا الشرط ذو طابع تهديدي يهدف منه ضمان تنفيذ المدين لإلتزامه فإن على القاضي أن يأمر بالتنفيذ، لهذا فإن هذه الشروط لا تؤدي إلى الفسخ إلا إذا كانت واضحة في ذلك ولا حاجة للبحث عن نية المتعاقدين فيها، أنظر:

- محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين : الفسخ والإنفساخ والتفاسخ، م س، ص 43

وفي إطار علاقة البنك بالعميل بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني فإن العقد يبرم كقاعدة عامة لمدة محددة، ويتم تجديده تلقائيا إلا إذا عبر العميل عن رغبته في عدم تجديد العقد قبل الموعد المحدد لإنتهاءه، ولهذا فإن البنك يقوم بفسخ العقد إذا ما أخل العميل إخلالا خطيرا بأحد الإلتزامات الملقاة على عاتقه، ونظرا لأن العقد يسود فيها الإعتبار الشخصي، فإن كل ما يؤثر على شخصية العميل وثقة البنك فيه يؤدي إلى إنقضاء العقد مثل إنعدام أهليته أو وفاته أو إغلاق حسابه وغيرها، فمثلا عندما يدلي العميل بمعلومات حول شخصيته وهويته غير صحيحة (كأن يكون إسمه مزورا أو هويته مزورة...)، ومن الناحية القانونية يكون رضى البنك معيبا لأن العميل أوقعه في غلط حول شخصيته، غير أنه في غالب الأحيان تحاول البنوك تفادي المشاكل التي تنتج من عدم صحة المعلومات التي تقدم بها العملاء، وبالتالي تضع شرطا في العقد بجانب توقيع العميل يقضي بعدم مسؤوليته عن عدم صحة المعلومات، وتظهر أهمية هذا الشرط في حفظ حق البنك في الفسخ التلقائي للعقد قبل الدخول معه في أي نزاع قضائي حول صحة المعلومات التي أدلى بها، انظر في ذلك :

- نبيل محمد أحمد صبيح : بعض الجوانب القانونية لبطاقة الوفاء والإئتمان المصرفية م، س، ص 258

(2)- وقد نص المشرع المغربي على ذلك في المادة 259 والتي جاء فيها " إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكنا، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين وعلاوة على ذلك تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة. لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، و إنما يجب أن تحكم به المحكمة."، بينما نصت المادة 246 من القانون المدني الأردني على أنه " 1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفِ أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه .2- ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى."

(3)- أنظر في شرح وتحليل هذه الشروط :

- محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين : الفسخ والإنفساخ والتفاسخ، م س، ص 12 وما بعد

يعدل عن ذلك ويطلب تنفيذ العقد، لكن ما يطالب به الدائن لا يعتبر ملزما للقاضي بإصدار قرار في إتجاه معين-أي بالفسخ أو التنفيذ-، إذ أن القاضي يمتلك سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها، وله أن يعتمد في قراره على الظروف المحيطة بعدم التنفيذ كعنت المدين أو تعمد عدم التنفيذ أو إهماله رغما عن إعذار الدائن له، وله كامل الصلاحية في إيقاع الفسخ أو رفض طلبه إذا كان ما زال التنفيذ ممكن، أو إذا كان الجزء الذي لم ينفذ ليس ذا أهمية كبيرة في حالة عدم التنفيذ الجزئي.

ومما يلاحظ في هذا الصدد أن صياغة الفصل 259 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي توحي بأن المشرع لم يعطي الدائن الحق في طلب فسخ العقد إلا بعد أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا مما جعل بعض القضاء المغربي يرفض طلب فسخ العقد إذا كان تنفيذ الإلتزام ممكنا، فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " وحيث انه بخصوص ما عابته المستأنفة على الحكم من كونه لم يستجب للطلب رغم توفره على كافة الشروط المتطلبة قانونا فان ذلك غير صحيح لان المستأنفة لم تثبت أن الالتزام أصبح مستحيلا وبالتالي لها إمكانية مطالبة المستأنف بتنفيذ التزامه وإجباره على ذلك لان حق الفسخ في إطار الفصل 259 من ق.ل.ع. لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا لم يكن تنفيذ الالتزام ممكنا أو أصبح ممكنا في جزء منه، وعليه فان شروط طلب الفسخ غير متوفرة في النازلة خلافا لادعاء المستأنفة.." [1].

لكن على الرغم من ذلك فإن هناك قرارات أخرى ذهبت في الإتجاه الصحيح حيث أعطت للدائن الحق في طلب فسخ في الحالات التي يكون فيها تنفيذ الإلتزام ممكنا، فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء " حيث إن الطاعنة تتمسك بكونها ليست في حالة مطل، وأنها على استعداد لتنفيذ مقتضيات العقد مادام ممكنا عملا بنص الفصل 259 ق ل ع، باعتبار أن الفسخ لا يلجأ إليه إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، وحيث انه بعد مراجعة المحكمة لوثائق الملف الابتدائي ثبت لديها انه سبق مطالبة المستأنفة بتنفيذ التزامها، الأمر الذي تعد معه الطاعنة في حالة مطل عملا بالفصل 255 ق ل ع، وحيث انه بذلك يبقى لمستأنف ضده الحق في المطالبة بفسخ العقد ما دامت المستأنفة في حالة مطل، مما يبقى معه تمسك الطاعنة بعدم إثبات استحالة تنفيذ الالتزام للمطالبة بالفسخ غير قائم على أساس.."[2].

(1)-كما جاء في قرار آخر لنفس المحكمة " وفيما يخص تمسك الطاعنتين بمقتضيات الفصل 259 من ق ل ع فإنها غير قابلة للتطبيق على النازلة لان طلب الفسخ المنصوص عليه في الفصل المذكور خاص بالحالة التي يكون فيها تنفيذ الالتزام غير ممكن ، في حين أن الأمر في النازلة يتعلق بالمطالبة بأداء دين وهو أمر ممكن التحقيق..".

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2004/118 والصادر بتاريخ 2004/01/15 (غير منشور)
- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2000/1057 والصادر بتاريخ 2000/5/16 (غير منشور)

(2)- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2004/1765 والصادر بتاريخ 2004/05/24 (غير منشور)

ومما لا شك فيه أن هذا التوجه الأخير هو الأحرى بالتأييد على إعتبار أنه قد يكون من مصلحة الدائن المطالبة بفسخ العقد حتى في الحالات التي يكون فيها التنفيذ لا زال ممكننا، كما في الحالة التي تكون فيها المنفعة المرجوة من العقد قد أهدرت بعدم تنفيذ المدين لإلتزاماته، كما أن التشريعات قامت بتنظيم الفسخ لاستحالة التنفيذ ضمن نصوص خاصة، واستحالة التنفيذ إما أن تكون بفعل المدين أو بسبب أجنبي ، وقد نص كل من المشرعين المغربي والأردني أن استحالة التنفيذ لسبب أجنبي تؤدي إلى إعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون وهو ما يعبر عنه بالفسخ القانوني، وبما أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب لا يد للمدين فيه فإن مسؤوليته كذلك لا تقوم ولا يكون ملزما بتعويض الدائن عن الأضرار التي وقعت له نتيجة لفسخ العقد، بينما في الحالات التي يكون فيها الفسخ اتفاقي أو قضائي لعدم تنفيذ المدين لإلتزاماته، فإنه يلزم للدائن الذي يطالب بالتعويض أن يثبت وقوع ضرر له نتيجة الفسخ[1].

أما بالنسبة لاستحالة التنفيذ التي يكون المدين سببا بها فإنه والحالة هذه لا مجال لأن يطلب المدين تنفيذ العقد، فهذه الحالة لا تدخل في إطار الفصل 259 لأن العقد قد أصبح منفسخا لاستحالة التنفيذ والقاضي لا يملك إلا أن يكشف عن هذا الفسخ لا أن يقرره، فهو لا يملك أي سلطة تقديرية في هذا الإطار، كما أن الدائن يعفى من توجيه أي إعذار للمدين[2]، إذ أن الغاية من الإعذار هي تنبيه المدين إلى ضرورة تنفيذه للعقد، والحالة هذه أن العقد غير قابل للتنفيذ، ويبقى للدائن أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي وقع له نتيجة عدم التنفيذ والفسخ.

---

(1)- وقد نص الفصل 335 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه " ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلا استحالة طبيعة أو قانونية، بغير فعل المدين أو خطأه، وقبل أن يصير في حالة مطل"، بينما نصت المادة 247 من القانون المدني الأردني على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين".

ويقع انفساخ العقد في هذه الحالة بحكم القانون وقوته دون حاجة إلى نص في العقد ودون حاجة إلى إعذار المدين ولا إلى استصدار حكم قضائي يقرر انفساخ العقد، فالعقد ينفسخ تلقائيا لأن الإلتزام قد صار مستحيلا تنفيذه، فلا معنى لبقاء العقد وتنقضي كل الإلتزامات الناشئة عنه، فالمدين يبرئ من إلتزامه ولا يكون مسؤولا عنه لأن إستحالة التنفيذ لم تكن بفعله بل ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه والدائن يبرئ من إلتزامه نحو المدين لأن هناك ارتباط بين هذه الإلتزامات المتقابلة والمدين هو الذي يتحمل التبعة، أنظر في هذا الصدد :

- محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين : الفسخ والإنفساخ والتفاسخ، م س، ص49
- محمد حسين منصور : دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، م، س، ص 44
- إدريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد، م، س، ص 708

(2)- أنظر نص المادة 256 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي.

الخاتمة

تكتسي الخدمات التي تقوم البنوك بتقديمها لزبائنها بالتوازي مع عملياتها الرئيسة أهمية خاصة لكل من البنك والعميل، فهي إحدى أهم الوسائل التي تستخدمها البنوك لجذب العملاء والمحافظة عليهم في جو تطغى عليه التنافسية بين البنوك المختلفة، وهي في نفس الوقت تمنح للعملاء التجار منهم وغير التجار ما يمكنهم من التعامل في الأموال التي يملكون حق التصرف بها لدى البنك من خلال أوامر يوجهونها لهذا الأخير، وتمثل عمليات التحويل البنكي الإلكتروني المرحلة الأخيرة من مراحل تطور هذه الخدمات والتي يقوم فيها العميل بالتواصل مع حسابه المفتوح لدى البنك من خلال وسائل إلكترونية توضع تحت تصرفه، ومن خلال دراستنا لمسؤولية البنك المدنية عن تلك العمليات يمكن لنا أن نضع بعض الملاحظات والاستنتاجات، نتبعها بعض المقترحات كما يلي:

- **أولا : الاستنتاجات**

– على الرغم من أن تسمية هذه العمليات بالتحويل البنكي الإلكتروني قد تدفع إلى الإعتقاد بأن البنك يقوم فعلا بإجراء عملية تحويل من حساب لآخر، إلا أن مفهوم هذه العمليات هو في حقيقة الأمر أكثر اتساعا من ذلك، فقد اتضح لنا أن التشريعات التي قامت بتنظيمه أطلقت هذه التسمية على جميع العمليات التي يقوم بها العميل على حسابه باستخدام أداة إلكترونية يقوم البنك بوضعها رهن إشارته، هذه العمليات يشترط فيها أن تكون ذات أثر على الذمة المالية للعميل، بمعنى أن تكون الغاية منها هي سحب الأموال أو إيداعها أو تحويلها من الحساب إلى حساب آخر.

– تشمل عمليات التحويل البنكي الإلكتروني معظم العمليات التي تتم باستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة، بما فيها البطاقات البنكية بكافة أشكالها وأنواعها، والخدمات البنكية الإلكترونية الأخرى كالتي تتم عبر الهاتف أو عبر الإنترنت، وتسميتها بأدوات التحويل يرجع إلى أن الوظيفة التي تقوم بها جميع هذه الوسائل هي التحويل الإلكتروني، وبما أن الهدف من العملية هي إجراء قيد على حساب العميل، فإنه يشترط أن يكون لهذا الأخير حساب مفتوح لدى البنك، بغض النظر عن كونه حساب وديعة أو ناشئ عن الإعتماد الذي يمنحه البنك للعميل، ووفقا لذلك لا يمكن إعتبار العديد من العمليات الإلكترونية بمثابة عمليات تحويل، كالحوالة على سبيل المثال أو التعامل في النقود الإلكترونية إلا إذا كان ذلك يتم من خلال حساب العميل، كما أن أنظمة التحويل الإلكتروني الموضوعة لخدمة البنوك للتعامل فيما بينها كأنظمة التسوية الإجمالية لا تدخل ضمن مفهوم التحويل البنكي الإلكتروني.

– إن النظريات التي يمكن رد التحويل البنكي الإلكتروني لها من أجل الوصول إلى تفسير العلاقة الناشئة عن إستخدام أدواتها، والمحاولات الفقهية في تكييف عمليات التحويل الإلكتروني تحت أحد العقود سواء المدنية أو التجارية، أو أشكال الوفاء التي تناولها

المشرع بالتنظيم، عاجزة عن تفسير نظام التحويل الإلكتروني، وهو أمر يعكس حيرة في التعامل مع متغير لم يسبق له نظير في الماضي من حيث الطبيعة وتشعب العلاقات المنفردة عنه، ومع إحترامنا للجهد الفقهي وتقديرنا لصعوبة التعامل مع هذه المتغيرات بالسرعة التي تنطوي بها تبعا لتطور التقنية ونظم المعلومات، فإنه يجب علينا تحليل هذه الوسيلة الحديثة بما يتماشى مع التطورات الحديثة في مجال المشروعات التجارية والصناعية، دون أن ننسى أن هذه العمليات لا تشكل سوى أحد أدوات التعامل في الحساب تطورت عن خدمات الخزينة والتي يقوم فيها البنك بالعمل كوكيل عن عميله لدفع وتحصيل الأموال.

- إن التعامل الآمن بوسائل التحويل الإلكتروني للأموال يتطلب نوعا من التعاون المستمر والمتواصل بين كل من البنك والعميل من خلال قيام كل طرف منهما بالالتزامات المفروضة عليه، فيحافظ العميل على أداة التحويل ويخطر البنك بكل ما من شأنه أن يعرض أمن العمليات لخطر، بينما يقوم البنك بوضع نظام آمن وسليم، ويوقف العمل بأداة التحويل إذا ما أعلمه العميل بذلك، وهذه الإلتزامات تجد مصدرها في العقد الرابط بين الطرفين نظرا لخلو التشريعين المغربي والأردني من تنظيم قانوني لهذه العمليات.

- إن تشابك وتعقد العلاقات التي تقوم بين العميل والبنك، والموقع الذي تتخذه العمليات البنكية بين فروع القانون المختلفة، ونظرا لكون البنك شخصا معنويا يحترف العمليات البنكية، تعددت آراء الفقه واختلفت حول مسؤولية البنك المدنية عموما، وعن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني على الخصوص، حيث يلاحظ عدم التقيد بالأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تميز بين ما هو عقدي وما هو تقصيري من جهة، والخلط بين قواعدها المختلفة من جهة ثانية فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن حراسة الأشياء، وذلك يرجع إلى غياب تنظيم خاص بالمسؤولية البنكية وعدم وضوح الأساس القانوني الذي تقوم عليه، ورغبة من الفقه في حماية العميل من خلال إقامة مسؤولية البنك على القواعد التقصيرية، بل إن هناك من التوجهات من قال بوجود نوع جديد من المسؤولية تقع بين النوعين السابق وهي ما أطلق عليها المسؤولية المهنية.

- إن مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال هي مسؤولية عقدية كقاعدة على الرغم من أن إلتزاماته لا تجد مصدرها في العقد فقط وإنما كذلك في قواعد قانونية وعرفية مهنية، ولكن يجب الأخذ بعين الإعتبار أن البنك هو شخص مهني يحترف الأعمال الإلكترونية بهدف تحقيق الأرباح، مما يؤدي إلى التشديد في قواعد مسؤوليته بالاستغناء عن معيار الرجل المعتاد ومقارنة سلوكه بسلوك المهني من نفس الفئة إذا ما استدعى الأمر ذلك، وقلنا مسؤولية عقدية كقاعدة لأنه في بعض الحالات قد تقوم مسؤولية البنك التقصيرية تجاه عميله وذلك إذا ما إرتكب البنك خطئا جسيما أو قام أحد مستخدميه بارتكاب جريمة أدت إلى وقوع الضرر للعميل.

– تقوم المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال على أساس الخطأ الواجب الإثبات في إطار التشريعين المغربي والأردني، وتتقيد المحاكم عادة بمقتضيات العقد نظرا لعدم وجود التنظيم القانوني، أما في التشريعين الفرنسي والتونسي فإن المسؤولية تقوم على أساس نظرية المخاطر، على إعتبار أن البنك يكون مسؤولا دون حاجة إلى إثبات خطأه من طرف العميل.

– من الصعوبة بمكان إعتماد البنوك على القوة القاهرة أو فعل الغير كأحد الأسباب الأجنبية التي تمكنها من إعفاء نفسها من المسؤولية نظرا لأن المعيار المعتمد في تقدير سلوك البنك في مدى إمكانية توقعه للضرر الحاصل هو موضوعي، وبالتالي يؤخذ بعين الإعتبار كون البنك يعتبر شخصا مهنيا محترفا يمتلك من الإمكانات ما لا يمتلكها غيره من الأشخاص عند تقدير مدى إمكانية التوقع، فيتم التعامل معه وفقا لهذه الكيفية ومقارنته بأشد البنوك حرصا وذلك في حدود الظروف المألوفة.

– يعتبر قيام البنك بإثبات خطأ العميل كسبب لحصول الضرر له من أهم الأسباب التي تمكنه من دفع مسؤوليته إن لم يكن السبب الوحيد لذلك، ولا يمكن افتراض صدور خطأ العميل من أي واقعة أخرى كاستعمال أداة التحويل من طرف الغير على سبيل المثال، وإنما هذا الخطأ واجب الإثبات، يمكن للبنك الاستعانة بكافة وسائل الإثبات في سبيل ذلك، لكن يشترط ليتحمل العميل المسؤولية أن يكون خطئه قد استغرق خطأ البنك أو أن يكون هذا الخطأ هو سبب وقوع خطأ البنك، وفي حالة الخطأ المشترك الذي لا يستغرق أحدهما الآخر فإن للمحكمة أن تقوم بتشطير المسؤولية بين الطرفين، وتحمل كل منهما نسبة منها.

– لا شك أن ترك تنظيم العلاقة بين البنك والعميل في إطار عمليات التحويل البنكي الإلكتروني سيؤدي إلى استئثار البنك بوضع الشروط التي تحقق مصالحه فقط، دون النظر إلى ما يمكن أن يترتب عنه ذلك من أضرار للعميل، فوضعية العميل القانونية لا تسمح له بمناقشة شروط العقد، فهو إما أن يقبلها كما هي أو يرفضها، لهذا تتفنن البنوك في وضع الشروط المختلفة التي تعفي فيها نفسها من أي مسؤولية يمكن أن تقع عليها، تارة من خلال الزيادة في إلتزامات العميل أو الحج من التزاماتها أو تحديد المسؤولية أو الإعفاء منها بشكل صريح، والحقيقة أن الجهد الذي تبذله البنوك لاستقطاب العملاء يعتبر كما لم يكن ولا يحقق أي نتيجة بمجرد تعامل العميل مع البنك والذي يلاحظ من خلال سلوك البنك أنه لا يقيم لمصالحه أي إعتبار وإنما يسعى فقط إلى تحقيق الأرباح ولو على حساب عملائه ومصالحهم.

– إن مفهوم الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تجمع بين البنك والعميل، يشتمل على عنصرين، ضعف اقتصادي يؤثر على قدرة العميل في مناقشة العقد أو القيام بدور في صياغة شروطه، وتتم مواجهة هذا النوع من الضعف من خلال رقابة المشرع أو القضاء على شروط العقد وإلغاء أو إبطال ما يعتبر تعسفيا منها، وضعف ناتج عن

جهله بمعلومات وبيانات متعلقة بموضوع العقد يحوزها البنك، أو نتيجة لقلة خبرته الشخصية بموضوع العقد بينما يتمتع البنك بخبرة طويلة في هذا الشأن فيكون التفاوت القائم ليس تفاوتا اقتصاديا، وإنما هو تفاوت في المعرفة والخبرة، ولا شك أن هذا النوع من الضعف يجد تطبيقه في عمليات التحويل البنكي الإلكتروني نظرا لوسائلها التقنية الحديثة التي قد لا يكون العميل في كثيرا من الأحيان مدركا خطورة التعامل بها، وهذا النوع من الضعف يمكن مواجهته من خلال فرض إلتزام على البنك بإعلام عميله بجميع ما يمكنه من الاستخدام الأمن والسليم لعمليات التحويل البنكي الإلكتروني بما يحقق مصلحة الطرفين معا.

– لا يمكن لحماية العميل كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية أن تتم من خلال الإعتماد على القواعد العامة المشبعة بروح مبدأ سلطان الإرادة، وقد قطع المشرع المغربي شوطا كبيرا في ذلك عند إقراره للقانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك، أما في التشريع الأردني فإن العميل لا يتوفر على أي حماية قانونية خصوصا إذا ما علمنا أن الحماية التي توفرها النظرية الخاصة بعقود الإذعان لا يمكن تطبيقها في هذا المجال، نظرا لأن العقود البنكية تفتقر إلى الشروط الخاصة بعقود الإذعان كما أكدت على ذلك القضاء أعلى هيئة قضائية.

– إن قيام التشريعين المغربي والأردني بتنظيم الإثبات بواسطة الوسائل الإلكترونية الحديثة، قد سهل من مهمة أطراف عمليات التحويل البنكي الإلكتروني من القيام بذلك لدى حدوث نزاع بينهما، ولا شك أن الإعتماد يكون كبيرا على وسائل الإثبات الإلكترونية في مثل هذه العمليات، ولا يعني ذلك أن الوسائل الأخرى ليست ذات أهمية تذكر، بل على العكس من ذلك تشكل الخبرة على سبيل المثال أحد أهم وسائل الإثبات في عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، نظرا لتعلقها بداية بعمليات ذا طابع تقني صرف تحتاج إلى ذوي خبرة لكي يكشفوا خباياها وأسرارها، وبالإضافة إلى تعلقها بنزاعات بنكية والتي في أغلب أحوالها تستلزم القيام بالخبرة لتحديد المبالغ المتنازع حولها وتقدير التعويض على سبيل المثال.

– لقد أصبحت الوسائل البديلة لحل النزاعات البنكية تتخذ مكانة بارزة في ظل إزدياد منازعات البنوك مع المتعاملين معها، ونظرا لما تحققه هذه الوسائل من فوائد في تخفيض تكلفة حل النزاعات و ربح الوقت الذي سوف يتخذه الفصل فيه أمام القضاء، لكن ما يلاحظ أن الوسيلة الأكثر أهمية وفاعلية هي الوساطة في حل النزاعات البنكية والتي تعتمد على التوصل إلى صلح يرضي أطرافه من خلال وسيط يعمل على تقريب وجهات نظر الأطراف، فيقتصر عمل القضاء هنا على التصديق على محضر الصلح على خلاف التحكيم الذي تعتريه الكثير من العيوب، كالتدخل القضائي المتزايد فيه، وتباطؤ مسطرته بشكل متزايد، وقدرة الأطراف على المماطلة في إجراءاته.

- ثانيا : الاقتراحات

- لعل من المنطقي بعد ما توصلنا إليه في دراستنا هذه أن ندعو كل من المشرع المغربي ونظيره الأردني العمل على وضع قانوني ينظم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، دون تمييز بين وسيلة وأخرى، فقد لاحظنا أن المشرع الفرنسي على سبيل المثال كان ينظم البطاقات البنكية بشكل منفرد، ومع التطورات الحاصلة في تكنولوجيا الخدمات البنكية ظهرت العديد من الوسائل الأخرى التي تقوم بنفس الوظائف دون أن تكون على شكل بطاقات بنكية، فقام بإلغاء القانون السابق ونظم جميع وسائل التحويل البنكي الإلكتروني ضمن تنظيم قانوني واحد، وهو نفس التوجه الذي اتبعه المشرع التونسي كذلك وقبله الأمريكي، والحقيقة أنه إذا كان المشرع المغربي لم ينظم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، فإن المشرع الأردني خول للبنك المركزي القيام بهذا التنظيم، وهو أمر ينم عن عدم اهتمام المشرع الأردني بهذه الوسائل التي أصبحت مهمة جدا في واقعنا الذي نعيشه، ناهيك عن التعارضات بين نصوص قانون المعاملات الإلكترونية وتعليمات البنك المركزي.

- يثير تعدد استخدامات مصطلح التحويل من طرف المشرع المغربي في المادة 6 من القانون المتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، وكذلك المواد 519 وما بعدها من مدونة التجارة بالإضافة إلى المادة 10 من القانون المعتبر بمثابة النظام الأساسي لبنك المغرب إشكالا في بخصوص المقصود بكل منها، ولما تبين لنا أن الأمر يتعلق بأنظمة مختلفة تماما عن بعضها البعض، فمن اللازم أن يتم رفع هذا اللبس باستخدام تعابير ومصطلحات مغايرة، وقد اقترحنا أن يتم التعبير عن التحويل والوارد في المادة 6 من القانون المتعلق بمؤسسات الإئتمان بالنقل، أما بخصوص المادة 10 من النظام الأساسي لبنك المغرب فيجب أن يتم تسمية العملية بنظام التسوية الإجمالي نظرا لأن هذه المؤسسة قامت بناءا على المادة سالفة الذكر.

- يجب على المشرع المغربي كذلك أن يقوم بتحيين مدونة التجارة لا لتنظيم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني وحسب، وإنما لتصبح متوافقة كذلك مع القانون المتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتبرة في حكمها وإزالة التعارض بينهما، فالمادة 329 تحيل على المادة 4 من القانون البنكي القديم، والتي تقابلها المادة الأولى من القانون الجديد، ثم إن المشرع استعاض عن المادة 329 بالمادة 6 من القانون الجديد، وإذا ما قلنا بغير ذلك فإن هناك تناقض خطير سوف يحدث، إذ أنه بقراءة المادة 329 والمواد التالية لها يلاحظ أنها اعتبرت أن الأدوات التي تقوم بتحويل الأموال والتي يضعها البنك رهن إشارة العميل هي بطاقات الأداء البنكية فقط، بينما نجد أن المادة 6 من القانون البنكي الجديد جاءت بصياغة عامة ولم تخصص وسائل الأداء في البطاقات البنكية فقط وهو التوجه السليم.

- لقد أشرنا إلى أن هناك الكثير من الفقه الذي لا يزال يتمسك بنظرية التمثيل للتمييز بين الممثل صاحب المركز السلطوي والذي يسأل عنه البنك مسؤولية شخصية، وبين المستخدم صاحب المركز التنفيذي والذي يسأل عنه البنك مسؤولية متبوع عن أفعال تابعه، وذلك دون النظر إلى طبيعة العلاقة التي تجمع بين البنك والزبون المضرور، فلا شك أن وجود علاقة تعاقدية بينهما سيؤثر على طبيعة المسؤولية القائمة، والحقيقة انه كما أنه إذا كان من المقبول في بعض الأحيان الأخذ بهذه النظرية في نطاق المسؤولية التقصيرية وذلك فيما يتعلق بالأضرار التي قد تحدث للغير نتيجة نشاط الشخص المعنوي، فإنه من غير المنطقي الأخذ بها في الحالة التي توجد فيها علاقة تعاقدية تجمع بين الشخص المعنوي والمضرور، لأن القول بغير ذلك سيؤدي إلى إقحام قواعد المسؤولية التقصيرية داخل النطاق التعاقدي، لهذا فالشخص الذي يعمل لدى البنك يفترض وجود علاقة تبعية بينه وبين البنك الذي يقوم بتمثيله، وتلعب نظرية الوضع الظاهر دورا كبيرا في هذا الإطار، وليس هناك ما يدعو إلى اللجوء إلى التمييز بين الممثل والتابع بالرجوع للنصوص القانونية التي تنظم المسؤولية التقصيرية عن الغير كلما أردنا إثبات علاقة التبعية بين البنك والمستخدم الذي ارتكب الفعل الضار، بل يكفي أن تكون تلك العلاقة مفترضة بحكم الوضع الظاهر.

- يجب الأخذ بعين الإعتبار عند البحث عن مسؤولية البنك كونه شخص مهني يحترف العمليات البنكية بهدف تحقيق الأرباح، وهو في وضعه هذا يتشابه مع أصحاب المهن الحرة، وهذا الأمر يؤدي إلى التشديد من معيار خطئه، فلا يكتفي بالرجل المعتاد بل لا يؤخذ معيار ينبني على رجل المهنة المعتاد، والذي يمتلك من الإمكانات ما يمتلكه البنك.

- إن إقامة مسؤولية البنك بناءا على نظرية المخاطر تتلاءم مع طبيعة عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، نظرا لأنه من الصعوبة بمكان بالنسبة للعميل أن يقوم بإثبات صدور خطأ من البنك عند حدوث ضرر له نتيجة إحدى هذه العمليات، بينما على العكس من ذلك يسهل على البنك إثبات صدور خطأ من العميل حتى يتخلص من مسؤوليته، والمشرع الأردني إذ اعتمد نظرية المخاطر بالنسبة للوفاء بالشيك المزور فإنه يجب عليه أن يؤخذ بنفس الأساس بالنسبة لعميلات التحويل البنكي الإلكتروني ولا يسمح للبنك بإعفاء نفسه من المسؤولية إلا إذا أثبت خطأ العميل الجسيم، مع إمكانية تشطير المسؤولية بين الطرفين في حالة الخطأ المشترك.

- إن إقامة مسؤولية البنك على أساس الخطأ المفترض في حالات وقوع خلل إلكتروني أدى إلى حدوث ضرر للعميل يمثل الأساس الملائم لهذه الحالات، فالعميل لا يملك إمكانية الوصول أو التحكم في الأجهزة الإلكترونية التي تخضع لسيطرة البنك ورقابته، ولا يستطيع بالتالي إثبات وقوع هذا الخلل، لذا فإنه يجب على التشريعات أن تفرض على البنك واجب إثبات أن الضرر الذي وقع لعميل لم يكن نتيجة خلل إلكتروني في الأجهزة التي يستخدمها العميل لإجراء عمليات التحويل.

– يجب على البنك أن يقوم بإدارة مخاطر العمليات الإلكترونية وفق الأسس والمعايير التي تبنتها لجنة بازل في توصيتها الصادرة بهذا الخصوص، بأن يخصص جزء من رأسماله لاستخدامه في توفير الوسائل الكفيلة بحمايته من الخسائر والأضرار المترتبة عن تلك المخاطر، ولا شك أن وسائل إدارة مخاطر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني قد تكون مكلفة للبنك حيث تقتضي إنفاق مبالغ ليست بالبسيطة بالنظر للتقنية العالية التي يستدعي الاعتماد عليها، لكنها تبدو في النهاية عملية مربحة، فهي ستؤدي بالنتيجة إلى توفير المبالغ المالية التي كانت ستفقد نتيجة قيام مسؤولية البنك عن الأضرار التي تحدث للعملاء، كما يجب على البنوك المركزية أن تراقب مدى إلتزام البنوك بأسس إدارة المخاطر بان تطلب تزويدها بالتقارير التي توضح مدى استجابة البنوك لمتطلبات عمليات التحويل البنكي الإلكتروني.

– يجب على البنوك أن تقوم بالتأمين على مسؤوليتها من مخاطر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني عموما، أو على أي خطر من شأن تحققه أن يلحق أضرار جسيمة بالبنك، فالتأمين يمكن أن يلعب دورا هاما في حماية البنك والعميل من مخاطر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني ، على الرغم من أنه لا يلغي تلك المخاطر، لكنه يسمح للبنك بمواصلة نشاطه ريثما يتم التوصل لوسائل عملية للحيلولة دون وقوع تلك المخاطر أو التقليل منها، وبذلك يكون التأمين عاملا هاما في التشجيع على الابتكار والتقدم، مع إمكانية قيام البنك بتعويض أقساط التأمين التي يقوم بدفعها من خلال زيادة الرسوم التي يتقاضاها من العملاء مقابل تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني.

– نظرا لخطورة عمليات التحويل البنكي الإلكتروني على العميل فيما يتعلق بضمانات الأمن خصوصا عبر الشبكات المفتوحة كشبكة الإنترنت، فإنه يجب تقليل حالات إمكانية لجوء البنك إلى السبب الأجنبي لإعفاء نفسه من المسؤولية، خصوصا في الحالات المتعلقة بالقوة القاهرة أو فعل الغير، فلا يجب إعتبار أي حدث بمثابة قوة قاهرة كتعطل عمل أجهزة البنك مثلا إلا إذا كان هذا الحدث عام، كخلل في كوابل الإنترنت، ولهذا فلا تعتبر السرقة أو اقتحام موقع البنك عبر الإنترنت بمثابة فعلا للغير يعفي البنك من المسؤولية، لأن عليه إلتزامات بتأمين العمل في مثل هذه الوسائل.

– ينبغي على المشرع الأردني إصدار قانون لحماية المستهلك على غرار ما فعل المشرع المغربي، يتضمن جميع الوسائل الحمائية من إلزام البنك بالإعلام العميل عن مخاطر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني والطرق الصحيحة للتعامل فيها، كما يتضمن حمايته من الشروط التعسفية التي تقوم البنوك بإيرادها في العقود التي تبرمها مع عملائها، ولا بد من التنبيه إلى عدم كفاية مشروع حماية المستهلك المعروض للنقاش حاليا في الأردن، فهو يتضمن مساطر معقدة تنبني على إنشاء العديد من الهيئات والمجالس مما يعقد المسائل المتعلقة بحماية المستهلك، لهذا فإننا نرى أنه يجب على المشرع الأردني أن ينص صراحة على إلتزام المهني بالإعلام ويضع معايير للشروط التعسفية تعطي للقضاء السلطة لإلغاء أي شرط يعد تعسفيا.

- كما أنه من اللازم إعتبار جميع العمليات التي تقوم بها البنوك تجارية، وليس المعنى من ذلك أن ينعقد فيها الإختصاص للمحكمة التجارية دون إعطاء الطرف المدني حق الخيار، إنما القصد أن تطبق عليها القواعد المرتبطة بالقانون التجاري، خصوصا تلك المتعلقة بمبدأ حرية الإثبات بما يتواءم مع طبيعة عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، ثم إنه يجب أن يتم إجبار البنك على توفير وسائل الإثبات للعميل، مثل الإيصالات والفيشات التي تستخرج من أجهزة التحويل البنكي الإلكتروني واعتبارها وسائل إثبات في يد العميل، وضرورة الانتباه إلى الشروط التي يقوم فيها البنك بقلب عبء الإثبات ليصبح على عاتق العميل حتى يتهرب الأول من مسؤوليته.

- يجب على البنوك أن تعتمد على التقنيات الحديثة للتواصل مع عملائها، كالهاتف النقال والبريد الإلكتروني وتعتمدها كقناة اتصال بينهما، وذلك لسهولة إستخدامها من طرف العميل وسرعة اتصاله بواسطتها مع البنك، فيستطيع بذلك إعلامه في حالة وقوع خلل معين أو في حالة سرقة أداة التحويل الخاصة به أو فقدها، كما أن البنوك يمكنها أن تقوم بإرسال كشوف حساباتها بواسطة هذه الوسائل إذا ما تم تأمينها بشكل تثبت فيه موثوقيتها.

- نظرا لأهمية التعليمات والتوصيات التي تصدرها البنوك المركزية في تنظيم العمل البنكي، فإنه يجب أن يكون له دورا أكثر فاعلية فيما يتعلق بالإعتماد على التكنولوجيا الحديثة في العمل البنكي، فتراقب عمل البنوك، ولا تكتفي في ذلك على الجانب التنظيمي، فكل من المشرع المغربي والأردني منحا للبنوك المركزية سلطات واسعة بخصوص عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، لهذا يجب عليها أن لا تقف موقف الحياد فيما يخص علاقة البنك بعملائه، بل لا بد لها أن توفر للعملاء الحماية من الممارسات التي يمكن أن تلجأ إليها البنوك للتهرب من مسؤوليتها.

- ينبغي الإعتماد على وسائل حل النزاعات البديلة بشكل أكبر مما هو عليه اليوم، وعلى الخصوص الوساطة لحل النزاعات البنكية، نظرا للفوائد التي تحققها في التقليص من الجهد والوقت، والنفقات التي يتطلبها اللجوء للمحاكم، كما أنها تضمن استمرار العلاقة بين البنك والعميل حتى في ظل النزاع الواقع بينهما، نظرا لأن حله سيكون وديا وبتراضي الأطراف، لكن يجب أن يكون الشخص الذي يقوم بالوساطة طرفا محايدا، لا أن يكون من أي جهة أخرى يثار الشك حول نزاهتها أو تفضيلها لمصلحة طرف على حساب الآخر.

والحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع :

أولا : المراجع العربية:

1- المعاجم والقواميس:

- **بن منظور، محمد بن مكرم:** لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، بدون تاريخ
- **معجم القانون،** مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1999

2- المراجع العامة :

- **إبراهيم، جلال محمد:** التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994
- **أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب:** الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الأشياء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مكتبة وهبة، القاهرة، 1988
- **أبوعرابي، مروان محمد:** الخدمات المصرفية في البنوك الإسلامية والتقليدية، دار تنسيم، عمان، 2006
- **أبو الليل، إبراهيم الدسوقي:** تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، 1995

  : المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة
- **أبو الوفا، أحمد:** التعليق علي نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994
- **أبو البصل، عبد الناصر:** دراسات في القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس، عمان، 1999
- **ادريوش، أحمد:** مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، محاولة في تأصيل القضاء واجتهاد الفقه، منشورات جمعية التنمية للبحوث والدراسات القضائية، الرباط، 1988

- **الأهواني، حسام الدين:** النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995

: مصادر الإلتزام غير الإرادية، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، 1994

- **البارودي، علي:** القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000

- **البراوي، حسين حسن:** مخاطر التطور بين قيام المسؤولية والإعفاء منها، دار النهضة العربية، لقاهرة، 2008

- **بردان، إياد محمود:** التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى، 2004

- **بلحساني، الحسين:** البيع و الكراء وفقا للقواعد العامة و التشريعات الخاصة، دار نشر الجسور ، وجدة، 2001

- **بناني، محمد سعيد:** قانون الشغل المغربي، علاقة الشغل الفردية، دار النشر المغربية،1981

- **التونجي، عبد السلام:** مؤسسة المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ليبيا، 1994

- **الجزاز، جعفر:** العمليات البنكية، دار النفائس، بيروت، 1987

- **الجمال، غريب:** المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الإتحاد العربي، 1978

- **الجمال، مصطفى وأبوالسعود، رمضان وسعد، نبيل:** مصادر وأحكام الإلتزام، منشورات الحلبي، بيروت 2003

- **جميعي، حسن عبد الباسط** : أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991

: الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007

- **الجندي، محمد الشحات:** ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990

- **حبيب، عادل جبري**: المفهوم القانوني لرابطة السببية وإنعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003
- **حجازي، عبد الحي**: النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، نظرية الإلتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982
- **حسن، علي سيد**: الإلتزام بالسلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990
- **حسني، حسن**: عقود الخدمات المصرفية، بدون ناشر، القاهرة، 1986
- **حسين، عبد الظاهر**: المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004

  : الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
- **حضري، عبد العزيز**: القانون القضائي الخاص، مطبعة طه حسين، وجدة 2006
- **حمد الله، حمد الله محمد**: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر، القاهرة، 1997
- **حمود، عبد العزيز مرسي**: الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة دراسة مقارنة، طباعة كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2005
- **الحياري، أحمد إبراهيم**: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2003
- **خاطر، صبري محمد**: فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية،دار الكتب القانونية وشتات، المحلة، 2010
- **خالفي، عبد اللطيف**: الوسيط في مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، الوراقة الوطنية، مراكش، 2004
- **الخمليشي، أحمد**: المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، مكتبة المعارف، الرباط، 1982

- **الدسوقي، محمد إبراهيم**: الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة، السعودية 1995

: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر والتوزيع، أسيوط، 1985

- **الديناصوري، عزالدين والشواربي، عبدالحميد**:المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار ومكان النشر غير مذكورين، 1997

- **الذنون، علي حسن**: المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، دار وائل للنشر، عمان، 2006

- **راغب، وجدي**: مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون تاريخ نشر

- **رشدي، محمد السعيد**: الخطأ غير المغتفر، سوء السلوك الفاحش والمقصود، مطبوعات جامعة الكويت، 1995

- **الرشيدات، ممدوح**: محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001

- **رضوان، أبو زيد**: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة 1981

- **الرفاعي، أحمد محمد**: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994

- **ريسيولط، أدولف**: المسطرة المدنية في شروح، ترجمة إدريس ملين، مطبعة الأمنية، الرباط، 1990

- **الزرقا، مصطفى أحمد**: الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم ، دمشق، 1988

: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني، المدخل الفقهي العام، جامعة دمشق، 1963

- **زكي، محمود جمال الدين**: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة 1978

: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة 1978

- زنطار، محمد الأمراني: تشطير التعويض بين المسؤولية الخطئية والمسؤولية المفترضة مواقف القضاء وردود الفقه، المطبعة والوراقة الوطنية ، مراكش، 2001
- زوير، عبد السلام: الإختصاص النوعي للمحاكم التجارية وإشكالياته العملية، مكتبة دار السلام، الرباط، 2004
- السباعي، أحمد شكري: الوسيط في النظرية العامة لقانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، الجزء الأول، مطبعة المعارف، الرباط، 2001

:الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية،ج 2، دار نشر المعرفة، 2002

: الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة، الرباط، 1998

- السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق، دار الثقافة، عمان، 2000
- سرور، محمد شكري: التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986
- سعد، نبيل إبراهيم: نحو قانون خاص للائتمان، منشأة المعارف، الإسكندرية 1991
- السعيد، مقدم: التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دار الحداثة، بيروت، 1985
- سلطان، أنور: مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة، عمان، 1987
- سليم، أيمن سعد: العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005
- السنهوري، أحمد عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000

: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000

: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي ترد على الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000

: الوسيط في شرح القانون المدني، الجـزء الـسابع، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقـد التـأمين، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000

- سوار، محمد وحيد الدين: الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية، دار الثقافة، عمان،1996

- سيد، أشرف جابر: المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة فـي تنفيـذ العقـد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002

- الشافعي، محمد زكي: مقدمة في النقود والبنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973

- الشافعي، محمد: الأوراق التجارية، سلسلة البحوث القانونية 2 ، المطبعـة والوراقـة القانونية، مراكش، 2002

- شامي، محمد حسين: الخطأ العقدي في المسؤولية المدنيـة، دار النهـضة العربيـة، القاهرة، 1990

- الشرادي، عبد الرحمن مصلح: الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية الشخصية ، دار السلام، الرباط،2001

- الشربيني، غادة عماد: المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية، دار النهضة العربيـة، القاهرة، 2000

- الشرقاوي، جميل: الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975

: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهـضة العربيـة، القاهرة، 1976

- الشرقاوي، محمود سمير: الدفاتر التجارية و حجيتها في الإثبات فـي القـانون، دار النهضة العربية، القاهرة 1988

- الشماع، فائق محمود: الحساب المصرفي، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافـة للنـشر والتوزيع ، عمان ، 2009

- شهبون، عبد الكريم: الشافي في شرح قانون الإلتزامات والعقود المغربـي، الكتـاب الأول، الإلتزام بوجه عام، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 1991

- الشواربي، عبد الحميد: عمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006

- صاوي، أحمد السيد: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون ناشر ومكان النشر، 2005

- **الصدة، عبد المنعم فرج**: مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1974

: الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1985

- **صلاح، شوقي محمد**: نظرية الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 2002

- **الطالب، عبد الكريم**:الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية ، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001

- **طلبة، أنور**: المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المسؤولية العقدية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005

- **عامر، حسين وعامر، عبد الرحيم**: المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، دار المعارف، القاهرة، 1979

- **عبد البر، محمد زكي**: نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، 1950

- **عبد الرحمن، أحمد شوقي**:حدود الإرتباط بين مسؤولية المتبوع والمسؤولية الشيئية،منشأة المعارف،الإسكندرية، 2007

: المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003

- **عبد السلام، سعيد سعد**: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998

- **عبد العال، محمد حسين**: مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007

- **عبدالرحمن، محمد سعيد**: نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007

- **العبدلاوي، إدريس العلوي**: الوسيط في شرح قانون المسطرة المدنية وفق آخر التعديلات، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998

: شرح القانون المدني، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996

: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة فضالة، المحمدية، 1977

- **عبود، موسى**: دروس في القانون الإجتماعي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1987
- **عبيد، رضا**: القانون التجاري، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1986
- **عثمان، عبد الحميد وخليفة، محمد سعد**: أحكام قانون الإثبات، طباعة كلية الحقوق بجامعة البحرين، 2007
- **العدوي، جلال علي**: أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997
- **العرعاري، عبد القادر**: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الإلتزام،المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، دار الأمان، الرباط، 1998
- **عرفة، السيد عبد الوهاب**: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض، المجلد الثاني، المسؤولية التقصيرية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، سنة 2008
- **العشماوي، أيمن إبراهيم**: تفويت الفرصة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط الثانية 2000
- **عطار، المختار**: الوسيط في القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2002
- **عطية، أحمد محمد**: نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007
- **عكوش، حسن**: المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992
- **العكيلي، عزيز**: شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة، عمان، 2006
- **علم الدين، محيي الدين إسماعيل**: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الطناني، القاهرة، 1987
- **عمر، نبيل إسماعيل**: أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986

- **عمران، السيد محمد السيد:** حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1986
- **عمران، محمد علي:** الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية قضائية في كل من مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980
- **العمروسي، أنور:** الشخص الطبيعي والشخص الإعتباري في القانون المدني، دار محمود للنشر، القاهرة، بدون تاريخ
- **عوض، علي جمال الدين:** عمليات البنوك من الوجهة القانونية، بدون دار النشر، القاهرة، 1989
- **عياد، عبد الرحمن:** أساس الإلتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1971
- **عيد، ادوارد:** قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، مطبعة ستاركو، بيروت 1961
- **فتاحي، إدريس:** الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي والمقارن، دار الأمنية، الرباط 2004
- **فرج، توفيق حسن:** أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994

: قواعد الإثبات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1982

- **فرعون، هشام:** النظرية العامة للإلتزام في التشريع المغربي ، مطبعة الكتاب بفاس ، الجزء الأول، 1981
- **الفضل، منذر:** النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة، مصادر الإلتزام، دار الثقافة، عمان، 1996
- **الفكهاني، حسن وجميعي، عبد الباسط ومدكور، محمد سلام وحتحوت، عادل:** الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 1967/43 الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 2001
- **الفكهاني، حسن:** التعليق على قانون الإلتزامات والعقود المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الدار العربية للموسوعات، بدون مكان نشر، 1993

- **فودة، عبد الحكم**: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1985
: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996
- **قاسم، محمد حسن**: قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2005
- **قرمان، عبد الرحمن السيد**: عمليات البنوك طبقا لقانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
- **الكزبري، مأمون**: نظرية الإلتزام في ضوء قانون الإلتزامات والعقود، مصادر الإلتزامات، دار القلم، بيروت، 1979
- **كساب، مروان**: الخطأ العقدي، مطابع واكد، بدون مكان النشر، الطبعة الأول، 2000
- **الكشبور، محمد**: حراسة الأشياء طبيعتها وآثارها، دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1990
:رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية،مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،2001
: نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1993
- **كشت، إبراهيم**: دليل القانونيين إلى الأعمال المصرفية، طباعة البنك الأردي الكويتي، عمان، 2005
- **كيرة، حسن**: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971
- **كيلاني، عبد الراضي**: مفهوم المستهلك لتحديد نطاق تطبيق تقنين الإستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005
- **اللصاصمة، عبد العزيز**: المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، دار الثقافة، عمان، 2002
- **لفروجي، محمد**: العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2001
- **اللهيبي، صالح أحمد**: المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دار الثقافة، عمان، 2004

- المالقي، عائشة: البنوك الإسلامية، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، المركز الثقافي العربي، 2000

: الوجيز في القانون البنكي المغربي، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، 2004

- مأمون، عبد الرشيد: المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984

: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر

- مباركة، دنيا: دروس في القانون الإجتماعي المغربي، مكتبه طه حسين، وجدة 2005

- متولي، عبد المولى علي:النظام القانوني للحسابات السرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001

- مجاهد، أسامة أبو الحسن:فكرة الإلتزام الرئيسي في العقد وأثرها على إتفاقات المسؤولية،الكتب القانونية،المحلة، 1999

- محمد، عمر عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف الجديدة، الإسكندرية 2004

- مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية،دار الكتب القانونية، مصر، والمنشورات الحقوقية بيروت، 1998

: الوافي في شرح القانون المدني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المسؤوليات المفترضة، المجلد الأول، مطبعة السلام، القاهرة، 1992

: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بتقنينات سائر البلاد العربية، الجزء الأول، ، عالم الكتب، القاهرة،1981

: الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005

- المصاروة، يوسف محمد: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مكتبة دار الثقافة عمان الأردن،1999

- **المصري، محمد محمود وعابدين، محمد أحمد:** الفسخ والإنفساخ والتفاسخ، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998
- **ملوكي، إياد عبد الجبار:** المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية، دار الثقافة، عمان، 2009
- **المليجي، أسامه أحمد شوقي:** شرح القواعد الإجرائية في الإثبات،، بدون الناشر ومكان النشر 1997
- **منتصر، سهير:** الإلتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990
- **منصور، محمد حسين:** أحكام التأمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون سنة نشر

  : دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995
- **المهدي، معتز نزيه محمد الصادق:** المتعاقد المحترف، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009
- **المهدي، نزيه محمد الصادق:** الإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982
- **الموافي، يحيى أحمد:** الشخص المعنوي ومسؤولياته القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987

  : المسؤولية عن فعل الأشياء في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية 1992
- **مياد، العربي:** عقود الإذعان، دراسة مقارنة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2004
- **نشأت، أحمد:** رسالة الإثبات، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر
- **نعمة، يوسف أحمد:** دفع المسؤولية بخطأ المضرور، دراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1991
- **النعيمات، موسى:** النظرية العامة للتأمين من المسؤولية، دار الثقافة، عمان 2006

- **النقيب، عاطف:** النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدات، بيروت، 1984

: النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، منشورات عويدات، بيروت، 1980

- **النمر، أمينة:** قوانين المرافعات، الكتاب الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية 1982
- **واصل، محمد والهلالي، حسين بن علي:** الخبرة الفنية أمام القضاء، دراسة مقارنة، المكتب الفني للمحكمة العليا، مسقط 2004
- **ياملكي، أكرم:** الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة، عمان، 2009
- **يحيى، ياسين محمد:** اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992
- **يوسف، أمير فرج:** المسؤولية المدنية والتعويض عنها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006

<u>3- المراجع الخاصة :</u>

- **أبو الليل، إبراهيم الدسوقي:** الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، 2003
- **أبوهيبة، نجوى:** المسؤولية المدنية للبنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006
- **ادريوش، أحمد:** تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، مدى تأثير القانون رقم 53.05 على قانون الإلتزامات والعقود ، مطبعة الأمنية، الرباط، 2009
- **بدر، أسامة أحمد:** حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005
- **بوذياب، سلمان:** النقل المصرفي، عمليات التحويل الداخلي والخارجي، الدار الجامعية، بيروت، 1985
- **جميعي، حسن عبد الباسط :** إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية القاهرة، 2000
- **جنان، العربي:** التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية ، مطبعة دار السلام، الرباط، 2008

- **الجنبيهي، منير والجنبيهي، ممدوح**: البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005
- **جيتس، بيل**: المعلوماتية بعد الإنترنت، ترجمة عبد السلام رضوان، سلسلة عالم المعرفة،المجلس الوطني للثقافة و الفنون الآداب، الكويت، 1998
- **حجازي، عبد الفتاح بيومي**: المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2006
- **حسين، عبد الظاهر**: المسؤولية القانونية في مجال شبكة الإنترنت، دار النهضة العربية، لقاهرة، 2002
- **خيال، محمود السيد**: الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998
- **الحمود، فداء يحيى**: النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط الأولى، 1999
- **ذوابة، محمد عمر**: عقد التحويل المصرفي الإلكتروني ، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2006
- **رشدي، محمد السعيد**: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، جامعة الكويت ، 2001
- **رضوان، فايز نعيم**:بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء، المنصورة ، 1990
- **الزهرة، محمد المرسي**: القانون والحاسوب، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1995
- **الزغبي، جلال محمد**: جرائم الحاسب الآلي والإنترنت دراسة تحليلة مقارنة، دار أفاق، عمان، الأردن، 2001
- **سعودي، محمد توفيق**: بطاقات الإئتمان والأسس القانونية الناتجة عن إستخدامها، دار الأمين القاهرة، 2002
- **الشافعي، محمد**: بطاقات الأداء والإئتمان بالمغرب، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2002
- **شرف الدين، أحمد**: عقود التجارة الإلكترونية ، تكوين العقد وإثباته، دروس الدكتوراه لدبلوم القانون الخاص وقانون التجارة الدولية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2003-2004 ، ص 109

- **صبري، محمد**: الأخطاء البنكية، أساس مسؤولية البنك عن عدم ملائمة الإئتمان مع مصلحة الزبون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2008
- **الصغير، جميل عبدالباقي**: الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003
- **طوبيا، بيار أيميل**: بطاقات الإعتماد والعلاقات التعاقدية المنبثقة عنها، الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000
- **عبدالحميد، ثروت**: التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007
- **العبودي، عباس**: الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دار الثقافة و الدار العلمية، عمان 2002
- **عزب، حمادي مصطفى**: مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، دار النهضة العربية، 1995
- **العشماوي، أيمن إبراهيم**: المسؤولية المدنية عن المعلومات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004
- **العضراوي، عبد العالي**: المسؤولية المدنية للأبناك في ضوء أحكام وقرارات المحاكم، إمبريال، الدار البيضاء، 2003
- **علي، جمال عبد الرحمن**: الخطأ في مجال المعلوميات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999

: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية ، جامعة القاهرة ، 2004

- **غنام، شريف**: مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2006

: محفظة النقود الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003

- **كيلاني، عبد الرضى محمود**: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998: المسؤولية عن الإستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان، درا النهضة العربية، القاهرة، 2001
- **لطفي، محمد حسام**: الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002

- **المقاطع، محمد عبدالمحسن**: حماية الحياة الخاصة للإفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي ، دراسة تحليلية نقدية ، مطبوعات جامعة الكويت 1992
- **مغبغب، نعيم**: مبدأ عدم مسؤولية المصرف موزع الإعتمادات واستثناءاته، الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009
- **منصور، محمد حسين**: المسؤولية الإلكترونية، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003

: الإثبات التقليدي والإلكتروني ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000

4- الأطروحات :

- **أبوالعون، أنس**: المسؤولية المدنية للأبناك تجاه الزبائن والغير، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التعقود والعقار، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جماعة محمد الأول، وجدة، 2009-2010
- **أحمد، خالد جمال**: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1995-1996
- **أنجوم، عمر**: الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديثة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، 2003-2004
- **بنقدور، صباح**: الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، 2003-2004
- **بوشيبة، محمد**: الإثبات بين القواعد التقليدية ومستجدات التقنيات الحديثة ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني ، عين الشق، الدار البيضاء، 2003-2004
- **الخلايلة، عايد رجا**: مدى خضوع المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية،2005-2006

- **خليل، عزة محمود أحمد:** مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994
- **خوالده، أحمد مفلح عبد الله:** شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2006-2007
- **الدغيمر، سعيد:** تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1981-1982
- **شليبك، مصطفى مصباح:** تعويض الضرر المعنوي في إطار المسؤولية التقصيرية، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، 1998-1999
- **الصدة، عبدالمنعم فرج:** في عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية ومقارنة ، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، 1946
- **صليحة، حاجي:** الوفاء الرقمي عبر الانترنت المظاهر القانونية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول ، وجدة، 2004 -2005
- **عباسي، بوعبيد:** الإلتزام بالإعلام في العقود، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الدراسية 2002-2003
- **العوا، فاطمة محمد سليم:** تأثير مجلة الأحكام العدلية على التقنينات العربية، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1999
- **فريحات، زياد محمود:** المخاطر التشغيلية ومنهجية إداراتها لدى البنوك العاملة في الأردن أطروحة لنيل الدكتوراه في التمويل، كلية الدراسات الإدارية والمالية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، 2004
- **القدومي، عبد الكريم فوزي:** أثر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على عمليات البنوك، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، السنة الدراسية 2004-2005
- **لفروجي، محمد:** القانون البنكي المغربي وحماية حقوق الزبناء، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية،

جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الدراسية 1996-1997

- المريني، عبد السلام: الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2003-2004

- نعمان، ضياء: المسؤولية المدنية الناشئة عن نظام الأداء بواسطة البطاقات البنكية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص وحدة القانون المدني، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009- 2010

5- الرسائل :

- أبران، أحمد: حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة والخاصة ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول ، وجدة، 1999-2000

- أبوسرور، أسماء موسى أسعد: ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة لنيل الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح، نابلس ، فلسطين، 2006

- أبوفروة، محمود محمد: الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين في العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2005-2006

- أوسي، فريد: تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب بين مقتضيات القانون الدولي الإتفاقي والقانون الداخلي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا القانون الخاص،كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش ، السنة الدراسية 1998-1999

- بل باشا، عبد الرحمن: الخدمات البنكية من الوجهة القانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، 1999-2000

- بوتخيل، محمد: المسؤولية العقدية عن فعل الغير في ضوء قانون الإلتزامات والعقود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق ، الدار البيضاء، السنة الدراسية 1986-1987

- بوزمان، المصطفى: تعسف الأقلية داخل الجمعيات العامة لشركة المساهمة،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، 2008-2009

- حليلو، مصطفى عبد القادر: عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري، رسالة لنيل ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، 1999

- خوري، رتاب سالم: البنوك الإلكترونية في الأردن، تطورها وتحدياتها (دراسة إستطلاعية)، رسالة لنيل الماجستير في العلوم المالية والمصرفية، كلية الإقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك، إربد، السنة الجامعية 2005-2006

- درميش، عبد الله: التحكيم في المواد التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الدراسية 1982-1983

- الربيعي، محمد: محررات الموثقين وحجيتها في الإثبات في التشريع المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني ، الدار البيضاء، 1987-1988

- الشورة، جلال عايد: وسائل الدفع الإلكتروني، رسالة لنيل الماجستير في القانون، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، عمان، 2005

- شيلح، محمد: سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983

- الصمادي، حازم نعيم: المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار الناجمة عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، رسالة لنيل الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2002

- **الطاهات، مروان:** تقييم الخدمات المصرفية عبر الإنترنت المقدمة من البنوك التجارية الأردنية، رسالة لنيل الماجستير في التمويل، كلية إدارة المال والأعمال، جامعة آل البيت، الأردن، السنة الدراسية 2005-2006

- **العلمي، عبدالواحد:** أساس المسؤولية عن الأشياء ووسيلة دفعها في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بالدار البيضاء ، جامعة الحسن الثاني 1981

- **عميش، إياد واصف:** البنوك الإلكترونية في الأردن، تطورها وتحدياتها، رسالة لنيل الماجستير في العلوم المالية والمصرفية، كلية الإقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك، إربد، السنة الدراسية 2005-2006

- **عودة، إبراهيم وليد:** النظام القانوني للبطاقات البنكية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2006-2007

- **القصراوي، محمد صبحي:** التحكيم في المعاملات المصرفية الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية الإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة 2009-2010

- **كميل، طارق:** التعاقد عبر الإنترنت وجوانبه القانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة والبحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط 2002-2003

- **الكيلة، المصطفى:** التقدير القضائي للتعويض دراسة مقارنة، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2000-2001

- **المرابط، محمد:** مؤسسة التوقيع في الأوراق التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط 1995

- **مصطفى، خليل محمد:** التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض وحالات الإعفاء منه في القانون المدني الأردني، رسالة لنيل الماجستير في الحقوق، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، 1988

- **النمر، لانا وديع:** المسؤولية المدنية للبنك المركزي عن أعمال الرقابة على البنوك التجارية، دراسة في القانون الأردني، رسالة لنل الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، السنة الدراسية 2005-2006

- الهيني، محمد: الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون المنافسة والإستهلاك، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، سنة 2005-2006

- وردي، خالد: الصلح في العمل البنكي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين لشق، الدار البيضاء، السنة الدراسية 1998-1999

6- الأبحاث والمقالات :

- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: تعويض تفويت الفرصة، منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد 2،السنة العاشرة 1986

: التقدير القضائي للتعويض،منشور في مجلة المحامي الكويتية، السنة 8، عدد شهر إبريل 1985

: مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني لسنة 1987

: توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهات التوثيق تجاه الغير المتضرر بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة الجزء الخامس

- أبادير، رفعت فخري: بطاقة الإئتمان من الوجهة القانونية،منشور في مجلة إدارة الفتوى والتشريع، الكويت، السنة 4 العدد 4، 1984

- إبراهيم، أبو الوفاء محمد أبو الوفاء: المسؤولية الجنائية عن الإستخدام غير المشروع لبطاقات الإئتمان في القانون المقارن والفقه الإسلامي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة الجزء الخامس

- أبوشنب، أحمد عبد الكريم: الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.arablawinfo.info

- **أبوهيبة، نجوى:** التوقيع الإلكتروني، تعريفه و مدى حجيته في الإثبات، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة الجزء الأول

- **إد الفقيه، أحمد:** قراءة في مشروع قانون الوساطة في المغرب، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الجهوية الحادية عشر، سلسلة الندوات الجهوية بمناسبة خمسون عاما على تأسيس المجلس الأعلى، الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال إجتهادات المجلس الأعلى، العيون 1و 2 نوفمبر 2007، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007

- **الأزهري، منظور أحمد حاجي:** بطاقة السحب النقدي (ATM Card)، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الأول

- **أزوكار، عمر:** الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية الطبيعة والإشكالات،منشور بمجلة المحامي عدد 32 سنة 1998

- **أمهلول، جلال:** مفهوم الخطأ العقدي، مقال منشور في مجلة المحاكم المغربية، عدد 99 سنة 2005

  : الدفع بعدم الاختصاص وفكرة النظام العام مقال منشور في مجلة المرافعة عدد 1، 1992

- **الأهواني، حسام الدين:** الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي ، منشور في أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، مطبوعات جامعة الكويت، ط الأولى ، 1994

  : حماية أنشطة البنوك من مخاطر إستخدام الحاسبات الإلكترونية، بحث منشور في مجلة إتحاد المصارف العربية، بيروت، 1999

- **أوديجا، بنسالم:** إدماج الوساطة في النظامين القانوني والقضائي بالمغرب، السياق العام، الإشكاليات المطروحة، أي دور للمحامي في التجربة، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الجهوية الحادية عشر، سلسلة الندوات الجهوية بمناسبة خمسون عاما على تأسيس المجلس الأعلى، الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال إجتهادات المجلس الأعلى، العيون 1و 2 نوفمبر 2007، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007

- **أوصديق، فوزي**: إشكالية المعلوماتية بين حق الخصوصية وإفشاء الأسرار المهنية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الرابع

- **البحر، ممدوح خليل والعزاوي، عدنان أحمد ولي**: بطاقات الإئتمان والآثار القانونية المترتبة بموجبها دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة الجزء الثاني

- **بدوي، بلال عبد المطلب**: البنوك الإلكترونية، ماهيتها، معاملاتها والمشاكل التي تثيرها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس القاهرة، عدد 1 لسنة 2004

- **البرجاني، عبدالاله**: التحكيم ذلك التقاضي بالتراضي، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون المقارن، عدد 20، 1993

- **بصلة، رياض فتح الله**: البطاقات الإئتمانية الممغنطة ومخاطر التزوير، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السنة العاشرة، المجلد 10، العدد 19

- **البعلي، عبد الحميد**: بطاقات الإئتمان المصرفية، التصوير الفني والتخريج الفقهي، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة الجزء الثاني

- **بلحساني، الحسين**: الإلتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون، مقال منشور بمجلة طنجيس للقانون والإقتصاد، العدد الأول سنة 2001

- **بنستي، عز الدين**: بعض تجليات التسوية الودية في المادة التجارية، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الجهوية الحادية عشر، سلسة الندوات الجهوية بمناسبة خمسون عاما على تأسيس المجلس الأعلى، الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال إجتهادات المجلس الأعلى، العيون 1و 2 نوفمبر 2007، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007

: من الشكلية الكتابية إلى الشكلية المعلوماتية في القانون التجاري، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، والمنعقد بأكاديمية الدراسات العليا بطرابلس ليبيا في الفترة 28-29 أكتوبر 2009

: نظرية الظاهر في القانون البنكي، بحث منشور ضمن أعمال ندوة القانون والممارسة البنكية، المجلة المغربية لقانون وإقتصاد التنمية، عدد 16، سنة 1988

- **بودي، بوبكر**: معيار التفرقة بين التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور ضمن أعمال ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية، 5 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد 7 سنة 2005

- **البوعاني، هاني محمد**: الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية، بحث منشور ضمن أعمال الورشة البحث الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإنفاذ العقود التجارية وإسترداد الديون بالجمهورية اليمنية، صنعاء 20 ديسمبر 2009

- **بوعلو، محمد**: قراءة في الإختصاص النوعي للمحاكم التجارية، مقال منشور بمجلة المعيار، العدد 24، 1999

- **تاشفين، رشيد**: الصلح كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الجهوية الحادية عشر، سلسة الندوات الجهوية بمناسبة خمسون عاما على تأسيس المجلس الأعلى، الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال إجتهادات المجلس الأعلى، العيون 1و 2 نوفمبر 2007، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007

- **توفيق، عبد العزيز**: المسؤولية المدنية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 18، سنة 1978

: المسؤولية المدنية (الحلقة الثانية)، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 19 سنة 1977

: المسؤولية المدنية (الحلقة الثالثة)، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 21 سنة 1980

: المسؤولية المدنية، (الحلقة الرابعة)، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 22، 1981

: بطاقات الإعتماد والسحب بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي في المغرب، الرباط، 19-20 يونيو 1993، مطبعة الأمنية، الرباط 1994

- **الجازي، عمر**: الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات، والمنعقدة بجامعة اليرموك، إربد، 28 ديسمبر 2004

- **جميعي، حسن عبد الباسط**: حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الإستهلاك، مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد 13، السنة 12 ، 1991

- **حسين، محمد عبد الظاهر**: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، عدد 2 ، يونيو 1998

- **حضري، عبد العزيز**: الردع البنكي في قضايا الشيك، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، عدد 2، 2000

: الأسس الخلقية لإلتزامات أطراف الخصومة القضائية، مجلة طنجيس، عدد 1، 2001

- **الحميد، خالد عبد**: دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم، منشور ضمن أعمال ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية، 5 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد 7 سنة 2005

- **خاطر، نوري حمد**: تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية، جامعة آل البيت، المجلد السابع، العدد الثالث، أكتوبر 2001

: مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن إستخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، بين المسؤولية المدنية وفعل المباشرة والتسبب، دراسة نقدية في القانونين المدني الفرنسي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الخامس

- **الخليل، عماد علي**: التكييف القانوني لإساءة إستخدام أرقام بطاقات الإئتمان عبر شبكة الإنترنت ، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية

بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الثالث

- **الخمليشي، أحمد**: دفع المسؤولية عن الأشياء في ظل المادة 88 من قانون الإلتزامات والعقود لفعل ما هو ضروري لتفادي الضرر ، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والإقتصاد ع 3 ديسمبر 1977
- **الدحاني، فاطمة**: نطاق اثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص، مقال منشور بمجلة القانون المغربي،العدد11، سنة2007،ص113
- **دويدار، هاني**: مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، المنعقد بمركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية أبو ظبي، في الفترة 19-20 ماي 2009، منشورات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2009
- **رازون، جان بول**: التحكيم في القانون المغربي، مقال منشور في المجلة المغربية للقانون، عدد 1، يناير-فبراير 1985
- **الرافعي، عبد القادر**: مسؤولية الحارس والمتبوع في القانون المدني المغربي،منشور بمجلة المحاماة، عدد 19 سنة 1983
- **رزيق، موسى**: رضا حامل البطاقة الإئتمانية بالعقد والحماية التي يقررها المشرع له، دراسة في ضوء تشريع المعاملات المدنية الإتحادي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الثالث
- **رشدي، محمد السعيد**: حجية وسائل الإتصال الحديثة في الإثبات، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول لأكاديمية شرطة دبي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي ، الإمارات العربية المتحدة في الفترة 26-28 إبريل 2003، الجزء الثاني
- **زحاف، نور الدين**: المسؤولية المدنية للأبناك إزاء الزبناء والغير، منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي في المغرب، 19-20 يونيو 1993، مطبعة الأمنية، الرباط 1994

- الزمالك، عبد الكريم: هل هناك إشكال في اختصاص المحكمة التجارية، منشور في مجلة المحامي عدد 34 سنة 1999
- زنطار، محمد الأمراني: مسؤولية المؤاجر عن أعمال الأجير، تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 9502 ، ملف جنائي عدد 71706، منشور في مجلة المرافعة عدد 2
- الزهرة، محمد المرسي: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة تطبيقية على منافذ السحب الآلي، بحث منشور ضمن أعمال أبحاث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 1-3 مايو2000، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 1-3 مايو 2000 ،الطبعة الثالثة، 2004 ، الجزء الثالث
- السباعي، أحمد شكري: الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وارتباطها بتطور القضاء المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والإقتصاد، العدد 13 و 14 سنة 1984

:مدخل عام أو تمهيدي في العقود التجارية، منشور في الدورة التخصصية في المادة التجارية، الرباط، 24 فبراير – 7 مارس 1997، مراكش من 28 ابريل – 2 ماي 1997، رقم4 سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، وزارة العدل و المعهد العالي للقضاء.

- السرحان، عدنان إبراهيم: الوفاء (الدفع) الإلكتروني، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الأول

: فكرة المهني، المفهوم والإنعكاسات القانونية، مجلة الحقوق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004

- سلام، محمد: الطرق البديلة لتسوية النزاعات ودورها في تخفيف العبء على القضاء، منشور ضمن أعمال الندوة الجهوية الحادية عشر، سلسلة الندوات الجهوية بمناسبة خمسون عاما على تأسيس المجلس الأعلى، الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال إجتهادات المجلس الأعلى، العيون 1و 2 نوفمبر 2007، مطبعة الأمنية، 2007
- السلامي، محمد المختار: بطاقات الإئتمان، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة

دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الخامس

- **السنباطي، عطا عبد العاطي:** الإثبات في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الأول
- **الشافعي، محمد إبراهيم:** الآثار النقدية والإقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، المجلد الأول
- **شبو، المهدي:** محاولة في تأصيل الإختصاص النوعي للمحاكم التجارية، منشور بمجلة المنتدى، العدد الأول، 1999
- **الشحات، حاتم عبدالرحمن:** الحماية الجزائية للثقة في المستند الإلكتروني، مجلة الحقوق، العدد 3 السنة29 ،2005
- **شرف، عادل محمود وعبد الله، إسماعيل عبد الله :** ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الإنترنت، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 1-3 مايو2000، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 1-3 مايو 2000 ،الطبعة الثالثة، 2004 الجزء الثاني
- **الشرقاوي، محمود أحمد إبراهيم:** مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول
- **الشريف، عزيزة:** التوازن في المعادلة بين حق العميل في الخصوصية وحق البنك في مشروعية التعامل المالي بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الرابع

- **شقير، عمر:** العمل المصرفي الممارس بوسائل إلكترونية من قبل البنوك الأردنية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال الإلكترونية في العالم العربي، المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الإقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الزيتونة، عمان، 28-30 يونيو 2003

- **شنبور، توفيق:** أدوات الدفع الإلكتروني بطاقات الوفاء، النقود الإلكترونية، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002

- **الشهيدي، أحمد بلحاج** : الاختصاص النوعي مقال منشور في مجلة المحامي عدد 2 سنة 1980

- **الشوقيري، عبداللطيف:** الجريمة الإلكترونية جرائم البطاقات البنكية، مقال منشور بمجلة المرافعة، 2006

- **صابر، محمد:** التوقيع، مقال منشور بمجلة المحامي، عدد 25-26، 1994

- **صادق، حورية التازي:** الحاسب والشخص المخادع والقاضي،المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، تصدرها كلية الحقوق بالدار البيضاء، عدد11، 1986

- **صالح، نائل عبد الرحمن:** واقع جرائم الحاسب في التشريع الأردني، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، الجزء الأول، 1-3 مايو 2000، الطبعة الثالثة 2004

- **صبيح، نبيل محمد:** بعض الجوانب القانونية لبطاقة الوفاء والإئتمان المصرفية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بالكويت، العدد الأول، السنة السابعة والعشرون، مارس 2003

- **الصدة، عبد المنعم فرج:** عقد الإذعان، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، السنة الرابعة، عدد 1 ، 1996

- **صقلي، حسن** : المسؤولية المدنية للبنك، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي في المغرب، الرباط، 19-20 يونيو 1993، مطبعة الأمنية، الرباط 1994

- **الضرير، الصديق محمد الأمين:** بطاقات الإئتمان ، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة

وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة الجزء الثاني

- **الطالب، عبد الكريم**: التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربي، منشور بمجلة المنتدى، العدد الثاني، دجنبر 2000

- **العاكوم، وليد**: مفهوم وظاهرة الإجرام المعلوماتي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 1-3 مايو 2000، الطبعة الثالثة 2004

- **العامري، موسى عيسى**: الشيك الذكي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الأول

- **عبادتي، شمس الدين**: التحكيم المؤسسي في المغرب، أعمال ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية، 5 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد7، 2005

- **عباسي، بوعبيد**: مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، مجلة الإشعاع، عدد 20، دجنبر 1999

- **العبد، حسام**: جرائم وأمن الصراف الآلي، مجلة البنوك في الأردن، العدد 5 يونيو 2003

- **عبدالحميد، ثروت**: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية في الإثبات بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة الجزء الأول

- **عثمان، عبد الحميد**: المسؤولية المدنية للموثق، بحث مقدم لمؤتمر المسؤولية القانونية للمهنيين ، المنعقد في كلية القانون في جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2004

- **عرب، يونس**: البنوك الخلوية، مقال منشور في موقع عرب للقانون www.arablaw.org

- **العربي، نبيل صلاح**: الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية، دراسة مقارنة، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون،

والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الأول

- **العروصي، محمد:** الحماية الجنائية من الإعلانات التجارية الخادعة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات عدد7، يناير2005

- **علي، جابر محجوب:** المسؤولية عن فعل الغير في إطار المجموعات العقدية، مجلة المحامي السنة 23، سنة 1999

: قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها، أساس إلزامها ونطاقه، مقال منشور بمجلة الحقوق، الكويت، عدد 2 السنة 22 عام 1998

- **العماري، أحمد:** الكشف الحسابي و الخبرة، الندوة الرابعة للعمل القضائي و البنكي ، المعهد العالي للدراسات القضائية، مطبعة دار السلام، الرباط، 2004

- **عمر، محمد عبد الحليم:** بطاقات الإئتمان ماهيتها والعلاقات الناشئة عن إستخدامها بين الشريعة والقانون بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الثاني

- **العوا، محمد سليم:** التحكيم في الأعمال المصرفية الإلكترونية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة

- **العيش، الصالحين محمد:** دور الدليل الإلكتروني في إثبات المعاملات المصرفية ، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي السنوي للمعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، في الفترة من 19-20 ماي 2009، الجزء الثاني.

- **عينو، عبد الهادي شايب:** بعض المشاكل الناجمة عن إستعمال المعلوماتية في البنوك موقف القانون والقضاء، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي في المغرب، الرباط، 19-20 يونيو 1993، مطبعة الأمنية، الرباط 1994

: خطأ المعلومات في إطار حسابات العملاء، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الجوانب القانونية الناجمة عن إستخدام الحاسب في المصارف، إتحاد المصارف العربية، بيروت، 1999

- غنام، غنام محمد: حدود المسؤولية الجنائية للمصارف عن مخالفة واجب السرية وعن غسيل الأموال، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثالث

- الفاخوري، إدريس: الخبرة وعدم الخبرة في المسؤولية المدنية، مقال منشور في مجلة المناظرة، عدد 4 يونيو 1999

: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون،عدد 3، يونيو 2001

: تطور القانون، الأسباب والوسائل، مجلة المرافعة، عدد 11، سنة 2000

- فايدي، الحسين: وسائل الدفع الحديثة ، البطاقات البلاستيكية ،مجلة القضاء والقانون، السنة 31، عدد 179

- الفصايلي، الطيب: حقيقة الدفع بعدم اختصاص في ظل قانون المسطرة المدنية، مجلة المحامي عدد 15 سنة 1989

- قايد، أسامة عبد الله: المسؤولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الرابع

- القضاة، فياض ملفي: مسؤولية البنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 1-3 مايو 2000، 2004

- القفعي، حسن علي: النقود الإلكترونية وتأثيرها على دور البنوك المركزية في إدارة الساسة النقدية، بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب، المنعقد من 12-14 يوليوز 2004 بكلية القانون بجامعة اليرموك، إربد، المملكة الأردنية

- القليوبي، سميحة: وسائل الوفاء الحديثة (البطاقات البلاستيكية)، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002

- **قندح، عدلي**: الأزمة المالية العالمية، الجذور وأبرز الأسباب والعوامل المحفزة، مقال منشور في مجلة البنوك، منشور على الموقع الإلكتروني لجمعية البنوك في الأردن. www.abj.org.jo

: المسؤولية الإجتماعية للبنوك، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الأردني الأول حول المسؤولية الإجتماعية للشركات، مركز الأردن الجديد للدراسات 30- 31 إبريل 2008 عمان، الأردن، منشور في مجلة البنوك، موقع جمعية البنوك الأردنية الإلكتروني www.abj.org.jo

- **الكتاني، عز الدين**: التحكيم التجاري والواقع المغربي، بحث منشور ضمن أعمال ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، نظمت من طرف وزارة العدل والإتحاد العام لمقاولات المغرب بإشراف وإعداد من المجلس الأعلى، بتاريخ 3-4 مارس 2004 ، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى ، العدد 8، 2006.

- **الكشبور، محمد ومالك، مصطفى**: قراءة في القانون المغربي للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، والمنعقد بأكاديمية الدراسات العليا بطرابلس ليبيا في الفترة 28-29 أكتوبر 2009

- **الكشبور، محمد**: طبيعة خطا وفعل المضرور وأثرهما على مسؤولية حارس الأشياء، مجلة الإشعاع عدد 16، 1997

: الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية وفقا للتشريع المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون وإقتصاد التنمية، العدد 14، سنة 1987

: المهن القانونية الحرة، إنطباعات حول المسؤولية والتأمين، مقال منشور في المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 25 سنة 1991

- **لحلو، محمد**: المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، مقال منشور في مجلة المحامي، عدد 9 سنة 1987

- **الليلي، محمد فاضل**: الحكم التحكيمي، ، بحث منشور ضمن أعمال ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية، 4-5 مارس 2004 سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد7، 2005

- **مالك، مصطفى**: إبرام العقد بشكل إلكتروني، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، والمنعقد بأكاديمية الدراسات العليا بطرابلس ليبيا في الفترة 28-29 أكتوبر 2009

- **مبارك، قيس بن محمد:** إفشاء سر المهنة المصرفي، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الرابع
- **محروك، محمد:** خصوصيات التوقيع الإلكتروني، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، والمنعقد بأكاديمية الدراسات العليا بطرابلس ليبيا في الفترة 28-29 أكتوبر 2009
- **محمود، عصام حنفي:** الطبيعة القانونية لبطاقات الإئتمان، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني
- **مداوي، خالد:** العقود البنكية عقود إذعان أم عقود بالإذعان ؟ مقال منشور بمجلة محكمة ،عدد 2، سنة 2003
- **المذكوري، شعيبي:** خصوصية التحكيم الدولي في المادة التجارية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 72، دجنبر 1994
- **مشبال، عبد اللطيف:** المسؤولية المدنية للأبناك والإجتهاد القضائي المغربي، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي في المغرب، الرباط، 19-20 يونيو 1993، مطبعة الأمنية، الرباط 1994
- **مشقاقة، رشيد:** مسؤولية البنك عن ضياع الشيك بين أحكام الوديعة والمقتضيات الخاصة، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي في المغرب، الرباط، 19-20 يونيو 1993، مطبعة الأمنية، الرباط 1994
- **مصدق، طارق:** دراسة في أهم المبادئ العامة للتحكيم التجاري، بحث منشور ضمن أعمال ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية، 4-5 مارس 2004 سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد7، 2005
- **الملكي، الحسن:** التجارة الالكترونية، قراءة قانونية، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 89 سنة 2001

- منصور، سامي بديع: الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاضي ، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثالث، الجديد في الجرائم المتعلقة بأعمال المصارف، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2002.
- المهدي، معتز نزيه الصادق: المشكلات المعاصرة للمسؤولية المدنية للطبيب، بحث مقدم لمؤتمر المسؤولية القانونية للمهنيين ، المنعقد في كلية القانون في جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2004
- المهدي، نزيه الصادق: نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الإئتمان من الناحية القانونية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الثاني

: الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر، بحث منشور ضمن أعمال أبحاث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 1-3 مايو2000، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 1-3 مايو 2000 ،الطبعة الثالثة، 2004 ، الجزء الثاني

- موسى، أحمد جمال الدين: النقود الإلكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2002
- الموسى، علي محمد حسين: البطاقات المصرفية تعريفها وأنواعها وطبيعتها، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الخامس
- مومي، سعيد: البت في النزاع بسرعتين في مجال التحكيم الدولي والداخلي، بحث منشور ضمن أعمال ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية، 4-5 مارس 2004 سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد7، 2005

- **ناجي، أحمد أنوار**: مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.kambota.forumarabia.net
- **النجار، عبد الهادي**: بطاقات الإئتمان والعمليات المصرفية الإلكترونية، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002
- **نجم، محمد صبحي**: المسؤولية الجزائية عن الإستخدام غير المشروع لبطاقة الإئتمان، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والمنعقد بغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة 10-12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثالث
- **النقاش، محمد**: الوساطة في المادة المصرفية في القانون التونسي، ملتقى الوساطة المدنية، المنعقد بمركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل وحقوق الإنسان التونسية، تونس 15 و 16 يونيو 2009
- **النكاس، جمال**: حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي ، مقال منشور بمجلة الحقوق السنة الثالثة العدد 2، يونيو 1989
- **الهيني، محمد**: إشكالية الخبرة في المادة المدنية على ضوء تعديلات ظهير 26 دجنبر 2000 مقال منشور في مجلة الإشعاع عدد 24 دجنبر 2002

  : دور القاضي في تفسير العقد، مقال منشور بمجلة الإشعاع، عدد 29، غشت 2004
- **والعلو، آسية**: الفوائد البنكية من خلال العمل القضائي، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي في المغرب، الرباط، 19-20 يونيو 1993، مطبعة الأمنية، 1994
- **وهابي، يوسف**: المسؤولية الجنائية لأشخاص المعنوية، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 150 السنة 32
- **اليماني، السيد محمد**: تقديم المعلومات والإستشارات المصرفية ، مسؤولية البنك عنها تجاه المستعلم، منشور بمجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة أسيوط، 1979

ثانيا: المراجع الأجنبية :

1- Ouvrages:

- **Benabent (A)**: Droit civil, Les Obligations, ed Montchrestien 1987
- **Berrada(M-E):** les techniques de banque et de credit au maroc, ed SECEA, Casablanca, 1991
- **Boudahrain (A):**Le droit de la consummation au Maroc, Ed Almadariss , 1999
- **Cabrillac (H):** Introduction au droit bancaire, Dalloz, 1965
- **Calais-Auloy (J):** Droit de la consommation, Dalloz 3eme Ed 1992
- **Calais-Auloy (J)**: et Steinmetz (F) : Droit de la Consommation , Dalloz , 4em Ed. 1996
- **Carbonnier (J)**: Droit civil, Introduction.PUF Paris 1991
- **Chabrier(P.G):** les cartes de crédit. èd.Lites 1986
- **Chaibinou (E)**: L'informatisation de la banque, Ed dar alyousr, Casablanca, 1987
- **Crouhy (M):** Risk management , Mcgraw hill , New York, 2001
- **Croze (R):** informatique preuve et sécurité Dalloz 1987
- **Davio (E):** Internets face au droit,65 éd Scientica 1997
- **Escarra et Rault:** Traite de droit commercial.ed Dalloz 1979
- **Feget (J.P):** les nouveaux moyens de paiemente, ed Economic et investir , Ladir 1986
- **Feral-schuhl (ch):** Cyber droit, le droit l'epreuve de l'internet 2ed Dalloz 2000
- **Gavalda (C) et Stoufflet (J):** Droit de la banque. Ed 1974
- **Ghestin (J):** Traite de droit civil, la formation du contrat, 3eme edition, L.G.D.J. 1993
- **Grynbaum (L):** Preuve, Répertoire de droit commercial, Ed Dalloz 2010
- **Henry (H) Perritt (J.R):** Law and the information superhighway, wily Law 1996.
- **King (J.L):** Operational Risks , John Wiley & sons, New York, 2003
- **Lambert (Y)**: Assurances des enterprises et de profession. Dalloz. 1979
- **Leduc (F):** Les specificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses. D. 1996

- **Lyazidi (K):** La responsabilité du banquier au Maroc, Rabat, 1985

- **Martin (D) :** Analyse juridique du réglement par cartes de paiement, D.1987

- **Pasqualini (F):** Responsabilité du banquier, R.T.D .Com, Ed Dalloz 2010

- **Piette Coudol (Th):** La signature électronique Dalloz,Paris 2001.

- **Pizzio (J.P):** Code de la consummation, Daloz 2^eme Ed, 1996

- **Régine (B):** Virement, Répertoire de droit commercial, Ed Dalloz 2010

- **Ripert et Robot:** Traite elementaire de droit commercial, 8^eme edition

- **Rives Lange (J.L) et Raynolud (M):** Droit bancaire. 4^eme éd. 1986

- **Rodiere (R) et Rives-Lange (J.L):** Droit bancaire .Dalloz. 2^eme ed. 1975

- **Rose (P):** Money and capital markets , Irwin inc, United States, 3^rd ED 1989

- **Routier (R):** la responsabilite du banquier . L.G.D.T 1997

- **Savatier (R):** Les contrats du conseil professionnel en droit privé.Dalloz.1972

- **Stoufflet (J):** Compte courant, Répertoire de droit commercial, Ed Dalloz 2010

- **Trochu (M):** Les clauses abusives dans le contrats conclus avec les consommateurs, Dalloz, 1993

- **Vasseur (M);** Le paiement électronique aspects Juridiques J.C.P.II.éd.E1986

-**Vezian (J):**La responsabilité du banquier en droit privé, Mcabrilac technique 1983

<u>2- Articles:</u>

- **Aglietta (M)** et Scialom (L): Le prêteur en dernier ressort au défi de la monnaie électronique, Cahiers d'économie politique, 2003/2 - n° 45

- **Alqudah (F):** Central bank liability to depositors, The journal of business law, 1992

- **Ammar (D):** Preuve et vraisemblance contrôlabilité a l'étude de la preuve technologique R.T.D.civ 1993

- **Aubert (J-L)** : les relations entre bailleurs et locataires en droit Français, il la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, ed L.G.D.J , 1996

- **Bernard (P)** ; Informatisation des guichets et agences de banque, R. banque 1982

– **Bertrand (A) et Leclech (P.H)** : la pratique du droit des cartes. R.Banque. 1989

- **Bounie (D):** Quelques incidences bancaires et monétaires des systèmes de paiement électronique, Revue économique, vol. 52, numéro hors série, octobre 2001

- **Caproili (E):** Ecrit et preuve electronique dans La loi 230 du 13 Mars.2000 La semaine Juridique n°2

- **Chamoux (F) Francoise (C)**: La loi du 12 Juill 1980 une ouverture sur des nouveaux moyens de preuve J.C.P ed 1981

- **Clément (C):** Solidarité et compte bancaire, Rev. Dalloz. 2007

- **Cohen (P):** Monnaie électronique : un jour nouveau ou une aube trompeuse?, Rev, L'Économie Politique, 2002/2 - n°14

- **Couturier (G)** : Les relation entre employeurs et salaries en droit francais, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, ed L.G.D.J 1996

- **De leyss (L):** Les cartes de paiement et le droit civil dans les cartes de paiement, Economica,1980

- **Fluet (C):** Assurance de responsabilité et aléa moral dans les régimes de responsabilité objective et pour faute, Dalloz Revue d'économie politique, 2002/6 - Volume 112

- **Fontaine (M):** la protection de la partie faible dans la rapports contractuels. Ed L.G.D.J 1996

– **Gavalda (CH):** sous cour d'appel de Paris 29 Mars 1985. Rev Dalloz.1986

- **Gavalda (ch)**;note Cour d'appel de Paris 1 dec 1980 Rev Dalloz 1981

- **Ghestin (J)** : L'abus dans les contrats , Gaz.Pal , 1981

- **Ghestin (J) et Marchessaux (I):** Contrats d'adhesion et clauses abusives en droit francais, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J, 1996

- **Hervé (C):** Informatique, preuve et securité.Rev Dalloz.1987.

- **Huet (J):** Aspects juridiques du télépaiement J.C.P ed G.1991

- **Jourdain (P)**:l'obligations de sécurité, a propos de quelques arrêts récents Gaz.pal 1993

- **Jude (J-M):** Le règlement par carte bancaire et par chèque : unité ou dualité?, Rev.Dalloz, 2003

- **Lamthe (De):** Réflexions sur la signature, Gaz.pal 1976

- **Leaute (M.J):** Les contrarts types, R.T.D , 1953

- **Martin (D-R):** Analyse juridique du règlement par carte de payement, Rev D. 1987

- **Martin (D-R):** La carte de payement et la loi, Rev Dalloz 1992

- **Mynard (A):** Télématique et preuve end droit civile Québécois et Français, D.I.T.1992.

- **Nicolas (G):** le nouveau contrat commerçant. R.banque.1989

- **Paisant (G):** Essai sur la notion de consommateur en droit positif , J.C.P 1993

- **Paisant (G):** Propositions pour une reformed u droit des clauses abusives, J.C.P, 1994

- **Ripert (G):** La règle morale dans les obligations civiles L.G.D.J 4ed 1999

- **Simont(L)et Bruyneel(A):**chronique de droit bancaire privé ,les opérations de banque 1979-1986 Rev banque 1987.1986

- **Thomas (R.M):** planning d'implantation et organisation d'un réseau de GAB. R banque. oct 1983

- **Trinquet (R):** Payement par carte, aspects juridiques, Rev. Bancatique 1984

- **Viney:** les grandes orientations de la responsabilitie civile. en enterieurs de vanteree. J.C.P 1992.

- **Warusfel (B):** Aspects juridiques de La télématique Bancaire R Banque 1990

-**Vesseur (M):**Aspects Juridiques des nouveaux moyens de paiement R.Banque n°5 1982

<u>3- Theses:</u>

- **Al-ja'afar (R):** IT systems evaluation process in local and foreign banks operating in Jordan and its effect on their effectiveness, Thesis, Master, faculty of Graduate studies, University of Jordan, 2005

- **Al-kayed (A):** Measuring attitudes of personal customers toward the use of electronic payment services in Jordanian commercial banks, Thesis, Master,Graduate college of administrative and financial studies, Amman arab university f graduate studies, 2005

- **Bennani (A)** : La responsabilité du banquier dans l'octroi du crédit aux entreprises en difficulté en droit marocaine, thèse pour doctorat en droit (mention droit privé), université de perpignan, 2001

- **Moumouni (CH):** Droit et pratiques du paiement electronique des ventes internationals, Thèse pour i'obtention du grade de docteur en droit, Faculté de droit, de i'université Laval, Québec Octobre 2001

- **Poisson (M.G):** Les cartes de paiement émises sous le guide d'un fournisseur, thése. Paris 1985

– **Raynoward:** de la materialistion des titres etude sur la forme scripturale, thése Paris 1998

- **Robert (H):** la preuve dans les télécommunications, .sous la direction du maitre bréban .DESS droit du numérique et des nouvelles techniques, 2000

- **Thunis (x):** Responsabilité du banquier et automatisation des paiements Thése, montpellier 1994.

-**Guèrard (R):** Transferts de fond par telecommunication, Thèse déposée à la Faculté de droit de 1'Université d'Ottawa en vue de l'obtention de la maitrise en droit, 1998

-**Vivier-Lirimont (S):** Risques et fragilités dans les réseaux interbancaires, thèse pour obtenir le grade de docteur en scinces economiques, universitè Paris I Panthèon, Sorbonne, Année 2006

4- Rapports:

– **Basel Committee n banking supervision** : Risks management principles for electronic banking . Bank for international settlement. Basel. Switzerland. July 2003 www.bis.org

- **Basel Committee n banking supervision** : Sound practices for the management and supervision of operational risks. Bank for international settlement . Basel. Switzerland. Feb 2003. www.bis.org

– **Coopers and Lybrand and the British Bankers Association :** Operational Risks Management. London . 1997

- **Tinfaty (A) et Absa (Y):** La mise en place de Bale II au sein de la banque Populaire, Rapport sur la gestion du risque année 2008.

ثالثا: المواقع الإلكترونية :

- حوار مع محمد العلوي القاسمي الوسيط البنكي، أجرته صحيفة الصباح المغربية يـوم الخميس الموافق 23 ديسمبر 2010 ، منشور في الموقع الإلكتروني لجريدة الصباح www.assabah.press.ma
- الموقع الإلكتروني لبنك التسويات الدولية www.bis.org
- الموقع الإلكتروني لمنظمة سويفت www.swift.com
- الموقع الإلكتروني للمجلس القضائي الأردني www.jc.jo
- الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المغربية www.justice.gov.ma
- الموقع الإلكتروني لمحكمة الإستئناف التجارية بفاس www.cacfes.ma
- الموقع الإلكتروني لمحكمة الإستئناف التجارية بمراكش www.cacmarrakech.ma
- الموقع الإلكتروني لبنك المغرب www.bkam.ma
- الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية www.courdecassation.fr


وائل


وائل



دار وائل للنشر

مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني


دار وائل للنشر
دار وائل للنشر والتوزيع


دار وائل للنشر والتوزيع



